درر الحكام شرح مجلة الأحكام

تأليف

علي حيدر

الرئيس الأول لمحكمة التمييز

وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية

ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالآستانة

تعريب

المحامي فهمي الحسيني

المجلد الرابع

الصلح والإبراء

الإقرار

الدعوى

البينات والتحليف

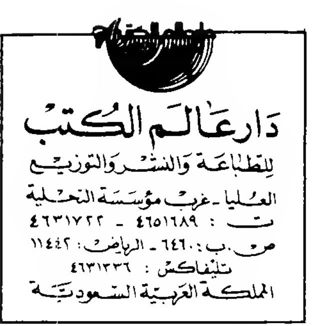
القضاء

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

طبعة خاصة

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م



طبعت لهذه الطبعة بموافقة خاصة منه

دار الجيل

بيروت

دُرَرُ الحُكَّامِ
شَرْحُ مَجَلَّةِ الأَحْكَامِ



الكتاب الثاني عشر

الصّلح والإبراء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حمد الصالحين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير المرسلين. وعلى اله وصحبه وجميع عباد الله الموحدين.

الكتاب الثاني عشر

(في حق الصلح والابراء ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب)

مشروعية الصلح ثابتة بالكتاب والسنة واجماع الأمة والمعقول.

الكتاب: قال تعالى ﴿والصلح خير﴾ الآية الكريمة.

السنة: قوله صلى الله عليه وسلم «الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» الحديث الشريف. وقد انعقد اجماع الأمة على جواز الصلح.

المعقول، في ترك الصلح نزاع. لأنه إذا طلب صاحب الحق جميع حقه فأنكره المدعى عليه وأقام المدعي البينة، يكون ذلك باعثاً للنزاع ولا سيما إذا حصل ذلك في وقت الاعسار ويوجب ذلك لحصول سبب لتهيج الفتن بين المدعي والمدعى عليه وتزيد العداوة بينهما، وهذا مما يستلزم الفساد العظيم (الزيلعي والكفاية والهداية). ويفهم من ذلك أن في الصلح خيراً ومنفعة.

مقدمة

(في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية)

المادة (١٥٣١) - (الصلح هو عقد يرفع النزاع بالتراضي. وينعقد بالإيجاب والقبول).

الصلح لغة. اسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة. واصله بمعنى الصلاح الذي هو بمعنى استقامة الحال (الدرر).

وشرعاً هو عقد يرفع النزاع بالتراضي اي بتراضي الطرفين المتخاصمين ويزيل الخصومة ويقطعها بالتراضي؛ وركنه عبارة عن الايجاب والقبول وينعقد ويصح بحصول الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر.

وينتهي تعريف الصلح في هذه المادة بجملة هو عقد يرفع النزاع بالتراضي. وأن ما جاء بعد ذلك هو بيان لركن الصلح وقد كان من الموافق أن يذكر ركن الصلح مستقلاً في غير موضع ذكر الاصطلاحات الفقهية كما هو جار في الكتب الأخرى من المجلة. فلو عرب هذا التعريف للغة العربية يكون عبارة عن أن الصلح عقد يرفع النزاع بين المدعي والمدعى عليه. لأنه من عبارة هو عقد يدخل في ذلك البيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن وغيرها من العقود الشرعية الأخرى فلذلك تكون هذه العبارة بمثابة جنس التعريف إلّا أنه بوجود عبارة التراضي تخرج العقود المذكورة من التعريف وتكون لمقام فصل التعريف وقيد بالتراضي متعلق بالرفع ويحترز بذلك عن الصلح الواقع كرهاً. لأنه كما ذكر في المادة (١٠٠٦) لا يعتبر الصلح الذي يحصل باكراه معتبر عن مال فلذلك لو هجم جماعة على بيت شخص ليلاً أو نهاراً واشهروا السلاح عليه وهددوه واجبروه بذلك على الصلح عن دعواه فلا يجوز الصلح عند الأمامين أنظر شرح المادة (١٠٠٣) كذلك لو أكره الزوج زوجته فصالحته على شيء مما في ذمته من المهر فلا يجوز (الخانية).

(الأحكام التي تستفاد من هذا التعريف)

يدل هذا التعريف بأنه يصح الصلح في الدعوى الفاسدة كالدعوى التي يكون فيها تناقض. لأنه يتحقق النزاع أيضاً في الدعوى الفاسدة، والصلح انما شرع لدفع النزاع وإن يكن أن بعض الفقهاء قال: بأنه لا يجوز الصلح في الدعوى الفاسدة. لأن الصلح هو لافتداء اليمين الذي يترتب

في الدعوى الصحيحة لكن هذا القول غير مختار إلّا أنه لا يجوز الصلح في كل دعوى فاسدة كما يستفاد ذلك من التفصيلات، الآتية:

الدعوى الفاسدة على نوعين

النوع الأول: الدعوى الفاسدة الأصل اي الدعوى الغير قابلة التصحيح ويقال لهذه الدعوى الدعوى الباطلة أيضاً فلا يجوز الصلح عن هذه الدعوى

مثلاً: لو ادعى أخ التوفي بطلب حصة ارثية مع وجود ولد للمتوفي فاصطلح عن دعواه مع ابن المتوفي على مال فلا يصح الصلح. كذلك لو وكل أحد آخر بقبض ما في ذمة مدينه من الدين وقبض الوكيل مقداراً من الدين وسلمه لموكله فأقام الموكل الدعوى على الوكيل بطلب دفع باقي الدين بسبب قبول الوكيل للوكالة واصطلح مع الوكيل عن دعواه المذكورة على مقدار من مال فلا يصح الصلح. كذلك لو حصل الصلح عن دعوى فراغ في الأراضي الأميرية الذي لم يجر في دوائر التمليك (دفتر خاقاني: فالصلح عن تلك الدعوى باطل. كذلك الدعوى باجرة النائحة واجرة المغنية واجرة التصدير المحرم والربا والحلوان (المكرمة) والكاهن والمنجم من الدعاوى الباطلة. وكذلك الادعاء بتضمين المال الذي تلف في يد الأجير الخاص أو المشترك بسبب ممكن التحرز منه كالسرقة من الدعاوى الباطلة إلّا أن بطلان الصلح في المسألة الأخيرة أي في حالة الصلح عن دعوى تضمين المستأجر فيه الذي تلف بسبب ممكن التحرز منه هو على مذهب الإمام الأعظم انظر شرح المادة (٦٠٧) والحاصل أن مثل هذه الدعاوى باطلة كما أن الصلح عن تلك الدعاوى ببدل معلوم باطل ايضاً (تكملة رد المحتار)

فلذلك إذا ادعى المدعي دعوى وتصالح بعد ذلك مع المدعى عليه ثم اقر بعد ذلك بأنه كان مبطلاً في دعواه فللمدعى عليه أن يسترد بدل الصلح عند بعض الفقهاء (الدر المنتقى).

النوع الثاني: الدعوى الفاسدة الوصف أي الدعوى القابلة التصحيح كأن يكون في الدعوى قصور وخلل. فالصلح عن هذه الدعوى صحيح (المجموعة الجديدة).

مثلاً لو أدعى المدعي عقاراً وأخطأ في بيان الحدود أو أنه تصالح مع المدعى عليه قبل أن يبين حدوده الأربعة ويوضحها على الوجه المبين في المادة (١٦٢٣) كان صحيحاً (البزازية).

ركن الصلح. أن ركن بعض العقود هو عبارة عن الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة والحوالة والرهن والهبة والإيداع كما أن ركن بعض العقود عبارة عن الإيجاب فقط ولا يتوقف على القبول كالكفالة أنظر المادة (٦٢١) فالصلح من ايهما يفصل على الوجه الآتي. وهو ان الصلح ينعقد بصور خمس:

الأولى ـ بالايجاب والقبول

الثانية ـ بالإيجاب من المدعي

الثالثة ـ بالتعاطي

الرابعة ـ بالكتابة

الخامسة ـ باشارة الأخرس المعروفة

فعليه يجب في الصلح حصول الإيجاب من المدعي على كل حال سواء أكان المدعى به متعيناً بالتعيين أم لمن يكن. فلذلك لا يصح الصلح بدون إيجاب مطلقاً. أما القبول فيجب في كل صلح يتضمن المبادلة لذلك يجب في المسألتين الاتيتي الذكر وجود القبول في الصلح بعد الإيجاب ففي تلك الحالة يجوز أن يكون الإيجاب من المدعي والقبول من المدعى عليه ويجوز عكسهما أي أن يكون الإيجاب من المدعى عليه والقبول من المدعي انظر المادتين ١٠١ و١٠٢) وشرحهما.

المسألة الأولى ـ إذا كان المدعى به متعيناً بالتعيين يجب القبول. لأن الصلح في هذه الحالة لا يكون اسقاطاً حتى يتم بالمسقط فسبب عدم كونه اسقاطاً هو مبني على عدم جريان الإسقاط في الأعيان.

مثلاً: لو قال المدعى عليه للمدعي. قد تصالحت معك أو قد صالحتك بكذا درهماً على المال المدعى به أو على دعواك وأجابه المدعي بقوله قبلت أو رضيت أو بكلام آخر يدل على الرضاء انعقد الصلح (الدرر تكملة رد المحتار).

المسألة الثانية ـ إذا كان الصلح واقعاً على جنس آخر ولو لم يكن المدعى به متعيناً بالتعيين فيجب القبول.

مثلاً. لو قال المدعى للمدعي عليه: أنني صالحتك على الخمسين ديناراً التي ادعي بها عليك بمائة ريال وقبل المدعي عليه ينعقد الصلح. لأنه في هاتين المسألتين كان الصلح مبادلة وفي المبادلة يجب القبول وبما أنه لا تصح المبادلة بدون القبول فلا يصح أيضاً الصلح أنظر شرح المادة (١٦٧).

تستعمل صيغة الماضي في الإيجاب والقبول ولا ينعقد الصلح بصيغة الأمر فلذلك لو قال المدعي للمدعى عليه. صالحني على الدار التي تدعيها بخمسمائة درهم فلا ينعقد الصلح بقول المدعى عليه تصالحت لأن طرق الإيجاب كان عبارة عن طلب الصلح وغير صالح للإيجاب. فقول الطرف الآخر قبلت لا تقوم مقام الإيجاب أما إذا قال المدعي ثانياً قبلت ففي تلك الحالة ينعقد الصلح (الهندية) أنظرشرح المادة (١٧٢) (البزازية والعناية بتغيير ما).

الصلح الذي ينعقد بالإيجاب فقط: الصلح الذي يتضمن اسقاط بعض الحقوق يكفي فيه الإيجاب ولا يلزم القبول. فلذلك إذا حصل الصلح على بعض الدين الثابت بالذمة يعني إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه كلاهما من الذهب والفضة الغير متعينين بالتعيين فينعقد الصلح بمجرد إيجاب الدائن ولا يشترط في ذلك قبول المدين لأن هذا الصلح هو عبارة عن اسقاط بعض الحقوق. ولما كان الاسقاط أي الأبراء غير متوقف على القبول ويتم بمجرد المسقط، فلا يشترط قبول المدين انظر المادة (١٥٦٨) (تكملة رد المحتار، الشرنبلالي).

مثلاً لو قال الدائن للمدين. أنني صالحتك على ما في ذمتك لي من الخمسمائة دينار على مائتي دينار لو قال له صالحتك على ما في ذمتك لي من الخمسين ريالاً على ثلاثين ريالاً فينعقد الصلح بمجرد الإيجاب ولا يقتضي قبول المدين ويلزم الصلح ما لم يرده المدين (الهندية) إلاّ أنه يشترط في ذلك أن يكون الموجب المدعي لأنه لو كان المدعى عليه هو الموجب فيجب قبول المدعي، سواء في

الصلح الذي يتعين بالتعيين أو في الذي لا يتعين بالتعيين (تكملة رد المحتار). لان هذا الصلح أما أنه اسقاط فيجب أن يكون المسقط المدعي أو الدائن فلا يمكن سقوط حقه بدون قبوله ورضاه. وأما أن يكون معاوضة ففي المعاوضة يجب وجود الإيجاب والقبول معاً. أما في الصلح الذي لا يتعين بالتعيين الذي يقع على عين الجنس فيقوم طلب المدعى عليه الصلح مقام القبول. مثلاً لو طلب المدين بالف درهم من دائنه أن يصالحه بثمانمائة درهم وصالحه المدين على ذلك كان الصلح صحيحاً (ابو السعود والبحر).

يشترط في تمام الصلح قبض بدله:

لا يشترط في بعض العقود قبض البدل في مجلس العقد كالمبيع والإجارة إلّا أنه في بعض العقود يشترط قبض البدل في مجلس العقد كالسلم أنظر المادة (٣٨٧) أما في الصلح فلا يشترط في بعض أنواعه قبض بدل الصلح في مجلس الصلح وهي كما يأتي:

اولاً: إذا كان المصالح عنه قيمياً فلا يشترط قبض بدل الصلح في مجلس الصلح سواء كان المصالح عليه اي بدل الصلح قيمياً أو كان مثلياً وسواء كان معجلاً أو مؤجلاً كالصلح في دعوى عقار على فرس معين أو على نقدين أو على مكيل أو موزون (البزازية).

ثانياً: إذا كان المصالح عنه مثلياً والمصالح عليه قيمياً فلا يشترط قبض بدل الصلح في مجلس الصلح كالصلح عن خمسين كيلة حنطة بفرس معين.

ثالثاً: إذا كان المصالح عنه ديناً والمصالح عليه بعض ذلك الدين فلا يشترط قبض بدل الصلح كالصلح عن خمسين ديناراً بعشرين ديناراً انظر المادة (١٥٥٣) ويجوز في هذا أن يكون بدل الصلح مؤجلاً أيضاً (البزازية. في الصلح).

يوجد نوع آخر للصلح يشترط فيه قبض بدل الصلح في مجلس الصلح وهو: إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه مثليين فقبض البدل شرط سواء أكان من جنس واحد كالصلح عن تلك الخمسين كيلة حنطة بهذه الخمسين كيلة حنطة أم مختلفي الجنس كالصلح عن تلك الخمسين كيلة حنطة بهذه العشرين كيلة شعير والحكم على هذا الوجه في نحو الصلح عن كذا ريالاً بكذا ديناراً أو عن كذا ديناراً بكذا ريالاً (البزازية).

انعقاد الصلح بالتعاطي. وكما أن الصلح ينعقد بالإيجاب والقبول كما ذكر آنفاً ينعقد أيضاً بالتعاطي ويحصل ذلك بإعطاء المدعى عليه مالاً للمدعى لا يحق له أخذه وقبض المدعي لذلك المال.

مثلاً: لو ادعى المدعي على المدعى عليه بألف درهم وأنكر المدعى عليه الدين وأعطى المدعي شاة وقبضها المدعي منه ينعقد الصلح بالتعاطي وليس للمدعي بعد ذلك الإدعاء بالألف درهم كما أنه ليس للمدعى عليه استرداد تلك الشاة. أما إذا أعطى المدعى عليه للمدعي بعض المال الذي كان للمدعي حق أخذه وقبضه المدعي فلا ينعقد الصلح بالتعاطي.

مثلاً لو ادعى المدعي بألف درهم ومع أن المدعى عليه أنكر الدين ودفع للمدعي خمسمائة درهم وأخذها المدعي ولم يجر بينهما كلام يدل على الصلح فللمدعي طلب باقي الدين. لأن أخذ

المدعي مقداراً من المال الذي له حق أخذه يحتمل فيه بأنه قصد استيفاء بعض حقه على أن يأخذ البعض الباقي بعد ذلك كما أنه يحتمل بأنه اكتفى بالمقدار الذي أخذه وعدل عن المطالبة بالباقي إلا أنه لا يسقط الحق بالشك انظر المادة (٤).

المادة (١٥٣٢): (المصالح هو الذي عقد الصلح)

ويقال لكل من المدعي والمدعى عليه مصالحاً سواء أعقد الصلح لنفسه أم عقده لغيره كالوكيل والوصي والولي.

المادة (١٥٣٣): (المصالح عليه هو بدل الصلح).

سواء أكان مالا أم لم يكن أنظر المادة (١٥٤٩).

يكون بدل الصلح بعضاً مالا وبعضاً منفعة فكما أنه إذا كان المدعى به مالا يكون بدل الصلح إما مالا وإما منفعة كذلك إذا كان المدعى به منفعة يكون بدل الصلح أيضاً مالا وإما منفعة من جنس آخر (التنوير).

المادة (١٥٣٤): (المصالح عنه هو الشيء المدعى به)

ويشترط في ذلك شرطان:

الشرط الأول:

أن يكون المصالح عنه حق المصالح فلذلك إذا كان المصالح عنه حقاً من حقوق العباد يكون الصلح صحيحاً سواء أكان ذلك الحق معلوماً أم مجهولاً وسواء أكان عيناً أم ديناً أو منفعة أو قصاصاً وتعزيراً والقصاص سواء كان بالنفس أو كان بما دون النفس (الدرر ومجمع الأنهر) انظر المادة (١٥٠٥).

أما إذا كان المصالح عنه حقاً من حقوق الله أي من الحقوق العامة التي يعود نفعها للعموم فالصلح عنها باطل كالزنا وهدم الحائط المائل للانهدام على الطريق العام بعد التقدم. لأن المصالح بصلحه إما أن يستوفي جميع حقه أو أن يستوفي بعضه ويسقط بعضه وإما أن يستعيض عنه وبما أنه ليس له أن يتصرف هذه التصرفات في حق الغير فلذلك ليس له هذا التصرف والمقصد من حقوق الله هو الحق الذي يعود نفعه وفائدته إلى عموم العالم بصورة عامة ولم يكن مخصوصاً بشخص كحرمة الزنا حيث أن حرمته تستوجب سلامة الأنساب وصيانة الفراش وتمنع القتال بين العشائر بسبب التنازع بين الزناة فهي نفع عائد للعامة فكانت حرمة الزنا من الحقوق العامة التي لا يصبح الزنا مباحاً فيها بسبب إباحة أهل المرأة له. ونسبة هذا الحق لله تعالى هو للتعظيم. لأن الله عز وجل يتعالى عن النفع كما أنه لا يجوز أن يدعي ذلك حق الله بسبب أنه مخلوق من طرف الله. لأن عموم الموجودات هي مخلوقة له عز وجل ومتساوية في الخلقة (تكملة رد المختار).

مثلاً؛ إذا تقدم أحد لصاحب الحائط المائل للانهدام على الطريق العام حسب الأصول ثم تصالح مع صاحب الحائط فلا يصح الصلح انظر شرح المادة (٩٣٨).

كذلك إذا تصالح أحد مع الشاهد على أن لا يشهد عليه كان الصلح المعقود بينهما باطلاً وله استرداد بدل الصلح من الشاهد. وكذلك إذا ألقى أحد القبض على سارق وتصالح مع السارق على أن لا يرفع أمره إلى ولي الأمر كان الصلح غير صحيح (الدرر ومعيار العدالة).

وكذلك إذا قذف أحد في حق أحد وأبرأ المقذوف القاذف من قذفه فلا يصح هذا الإبراء وله بعد ذلك أن يطلب ويدعي موجب القذف. لأن هذا بمنزلة العفو ومعناه أنه بريء من موجب قذفه أياه وموجب القذف لا يسقط بالعفو لأن المغلب فيه حق الله تعالى (رسالة الشرنبلالي في الإبراء والإقرار).

أما إذا كان المصالح عنه ليس بحق للمصالح فلا يصح الصلح فلذلك إذا ادعت الزوجة المطلقة على زوجها بأن هذا الصبي هو ولد الزوج وأنكر الزوج دعواها وصالح المدعية عن دعوى النسب على مال كان الصلح باطلاً لأن النسب حق للصبي وليس حق المدعية حتى يحق لها الاعتياض عنه (الدرر وتكملة رد المختار).

كذلك إذا أحدث أحد شيئاً مضراً في الطريق العام فادعى آخر عليه بطلب رفعه حسب صلاحيته في المادة (١٣١٤) ثم تصالح مع المدعى عليه كان الصلح الواقع باطلاً. لأن هذا الحق هو حق للعامة وليس حق المصالح حصراً. فلذلك للمصالح أو لغيره من الناس حق طلب رفع ذلك الضرر ولو كان ذلك قديماً (الخانية).

أما إذا كان في الصلح عن تلك الأمور العامة منفعة عامة فلإمام المسلمين بحسب ولايته العامة حق الصلح وأن يضع بدل الصلح في بيت مال المسلمين حيث أن له الحق في التصرف في الأمور العامة (أبو السعود والدر المنتقى والزيلعي).

أما إذا كانت تلك المحدثات واقعة على الطريق الخاص وحصل الصلح مع أهل تلك الطريق كان الصلح جائزاً. لأن الطريق الخاص هو ملك لأهله (الكفاية).

كذلك إذا تصالح المستودع مع السارق الذي سرق منه الوديعة ينظر: فإذا كان المال المسروق موجوداً في يد السارق عيناً فلا يصح الصلح **انظر المادة (٩٦) ما لم يجز المودع انظر المادة (١٤٥٣)**.

أما إذا تلف المال المسروق ينظر: فإذا لم يكن في الصلح غبن فاحش كان الصلح صحيحاً ولا يكون موقوفاً على إجازة المودع. لأن للمودع حسب المادة (١٦٧٧) أن يخاصم الغاصب وأن يستوفي منه بدل الضمان أما إذا كان في الصلح غبن فاحش فلا ينفذ هذا الصلح في حق المودع.

الشرط الثاني: يجب أن يكون المصالح عنه حقاً ثابتاً في محل. فلذلك إذا تصالح الكفيل بالنفس مع المكفول له على أن يبرئه من الكفالة على مال كان الصلح باطلاً. لأن حق المكفول له عند الكفيل بالنفس هو مطالبة الكفيل بتسليم نفس المكفول عنه وأن ولاية المطالبة هي صفة الوالي فالصلح عنها غير صحيح كما أن الكفالة المذكورة باطلة على القول المفتى به. لأن السقوط في ذلك لا يتوقف على العوض وإذا سقط لا يعود (الكفاية). أما الصلح عن القصاص فهو صحيح. لأن القصاص ثابت في المحل بسبب أن محله مملوك في الاستيفاء فيملك من له القصاص فهو صحيح.

لأن القصاص ثابت في المحل بسبب أن محله مملوك في الاستيفاء فيملك من له القصاص الاعتياض عنه بالصلح كذلك إذا حصل الصلح عن الكفالة بالمال كان صحيحاً. لأنه إسقاط لبعض الدين (تكملة رد المختار).

أما الصلح عن الشفعة فهو باطل كالصلح عن الكفالة بالنفس أي أنه إذا تصالح الشفيع مع المشتري عن حق شفعته على أن يسلم المشفوع للمشتري على مال كان الصلح باطلاً وتسقط الشفعة. لأنه ليس للشفيع في المشفوع سوى حق التملك وأن حق هذا التملك هو عبارة عن ولاية التملك وهو ليس بأمر ثابت في المشفوع في محله (الدرر).

يكون الصلح عن دعوى الشفعة على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: الصلح على تسليم المشفوع للمشتري وهذا الصلح باطل وتسقط الشفعة فيه.

الوجه الثاني: الصلح عن مقدار معين من المشفوع بحصته من ثمن المبيع فهذا الصلح باطل ولعل سبب البطلان هو جهالة الثمن. لأنه في تلك الحال لا يعلم ثمن ذلك المقدار إلا بالحزر أما الشفعة فلا تبطل انظر المادة (١٥٥٥).

الوجه الثالث: الصلح عن المشفوع بنصفه على نصف الثمن فهذا الصلح صحيح ولا تبطل الشفعة كذلك لا يصح الصلح عن حد القذف.

المادة (١٥٣٥) ـ (الصلح ثلاثة أقسام، القسم الأول: الصلح عن إقرار وهو الصلح الواقع على إقرار المدعى عليه، القسم الثاني: الصلح عن إنكار وهو الصلح الواقع على إنكار المدعى عليه، القسم الثالث: الصلح عن سكوت وهو الصلح الواقع على سكوت المدعى عليه بأن لا يقر ولا ينكر).

الصلح يقسم إلى ثلاثة أقسام باعتبار الجواب الذي يجيبه المدعى عليه عند عقد الصلح. لأن الخصم في وقت الدعوى أما أن يسكت أو أن يتكلم مجيباً وهذا التكلم لا يخلو من أن يكون نفياً أو إثباتاً ولذلك فالإثبات هو القسم الأول والنفي هو القسم الثاني والسكوت هو القسم الثالث. ويخرج بعبارة أن يتكلم مجيباً التكلم بالألفاظ التي لا تعلق لها بالدعوى (تكملة رد المختار).

القسم الأول: الصلح عن إقرار وهو الصلح الواقع على إقرار المدعى عليه بمطلوب المدعي سواء كان إقراره صراحة وحقيقة أو كان إقراره حكماً. أما الإقرار صراحة فظاهر، والمثال على الإقرار حكماً هو طلب الصلح والإبراء عن المال أو الحق المدعى به انظر المادة (١٥٨٢) (عبد الحليم وتكملة رد المحتار).

مثلاً لو قال المدعي في دعواه أن هذه الدار داري أو أدلي عين وديعتي أو بدل وديعتي التي استهلكتها وتصالح المدعى عليه مع المدعي بعد أن أقر بأن الدار أو الوديعة هي ملك المدعي لو أقر باستهلاك وديعته فالصلح صحيح.

القسم الثاني: الصلح عن إنكار. وهو الصلح الواقع على إنكار المدعى عليه بمطلوب المدعي.

مثلاً إذا طلب المودع من المستودع أن يؤدي له عين الوديعة أو أن يؤدي له بدلها لاستهلاكه إياها وأنكر المدعى عليه وتصالح مع المدعي كان الصلح صحيحاً (رد المحتار).

حتى لو أن المستودع أقر بعد عقد الصلح بما ادعاه المدعي لا يلزم بإقراره كما أنه لا تقبل البينة على وقوع الإقرار (البحر في أول الصلح).

كذلك إذا عقد المدعي الصلح مع المدعى عليه على أن يقر المدعى عليه بالمال المدعى به ويأخذ من المدعي كذا مبلغاً بدل صلح كان الصلح صحيحاً وكان ذلك في حق المنكر بيعاً وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن (مجمع الأنهر).

القسم الثالث: الصلح عن سكوت، هو الصلح الواقع على سكوت المدعى عليه بأن لا يقر ولا ينكر مطلوب المدعي. أن أقسام الصلح الثلاثة هذه جائزة ومشروعة لأن العموم تستفاد من ظاهر الآية الكريمة﴿والصلح خير﴾(مجمع الأنهر) وأحكام هذه الأقسام واردة في المواد (١٥٤٧، ١٥٤٩، ١٥٥٠).

المادة (١٥٣٦) - (الإبراء على قسمين: أحدهما إبراء الإسقاط، وثانيهما إبراء الاستيفاء أما إبراء الإسقاط فهو أن يبرئ أحد آخر من تمام حقه الذي له في ذمته أو يحط مقداراً منه وهذا الإبراء المبحوث عنه في كتاب الصلح هذا، أما إبراء الاستيفاء فهو عبارة عن اعتراف أحد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر وهو نوع من الإقرار).

يكون الإبراء بالنظر إلى اللفظ على وجهين:

الوجه الأول: أولاً الإبراء على قسمين أحدهما إبراء إسقاط والآخر إبراء استيفاء وإبراء الإسقاط هو أن يبرئ أحد آخر بإسقاط تمام حقه القابل للإسقاط الذي هو عند الآخر أو يحط مقداراً منه من ذمته انظر المادة (١٥٦٢) وتستعمل ألفاظ أسقطت أو حططت أو أبرأتك براءة إسقاط في براءة الإسقاط، وفائدة تعبير قابل للإسقاط تفهم من مراجعة المادة (٥١) ويفهم من تعبير تمام حقه بأن البراءة يجب إضافتها إلى الحق فإذا أضاف المبرئ الإبراء إلى نفسه بأن يقول: إنني بريء من زيد أو أن زيداً بريء مني يتناول نفي المولاة والمحبة وليس البراءة من الحقوق. ألا يرى بأن البراءة من نفس الغير هي إظهار لوجود العداوة والوحشة بينه وبين المبرأ. أما الإبراء من الحق الذي له على الغير فهو العام وإظهار للمحبة لذلك الغير (رسالة الإقرار لابن عابدين) كذلك إذا قال صاحب الأجل إنني بريء من الأجل أو أنني مستغن عن الأجل فلا يبطل الأجل (رسالة الإبراء للشرنبلالي)، وهذا هو الإبراء المبحوث عنه في كتاب الصلح.

وأما إبراء الاستيفاء فهو عبارة عن اعتراف أحد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر وهو نوع من الإقرار وسيوضح في المادة (١٥٧٢) لأن تعريف الإقرار يشمل هذا النوع من الإقرار.

وتستعمل ألفاظ أبرأتك براءة الإستيفاء أو ببراءة القبض أو أبرأتك من الاستيفاء في براءة الإستيفاء أما إذا أطلق المبرىء الإبراء كأن يقول: أبرأتك بدون أن يقيد ذلك ببراءة الإسقاط أو ببراءة الإستيفاء ففي ذلك قولان. أحدهما أنها تحمل على براءة الإسقاط والآخر أنها تحمل على براءة الإستيفاء أما ما ذكره شيخ الإسلام أنه إذا أطلق الإبراء يحمل على براءة القبض والاستيفاء. لأن الإبراء المذكور إبراء أقل من إبراء الإسقاط فالأقل يكون متيقناً والأكثر مشكوكاً فيه فيجب حمله على المتيقن.

الفرق بين براءة الإسقاط وبراءة الاستيفاء.

يوجد بين هذين الإبراءين فروق على أربع صور.

الصورة الأولى: فرق من حيث اللفظ وقد بين آنفاً.

الصورة الثانية: إبراء الإسقاط إنشاء فلا تسمع فيه دعوى الكذب أما إبراء الاستيفاء فهو إخبار فتسمع فيه دعوى الكذب المبينة في المادة (١٥٨٩).

الصورة الثالثة: إذا أبرأ الدائن المدين بعد إيفائه الدين إبراء إسقاط فللمدين استرداد الدين الذي دفعه أما إذا أبرأه إبراء استيفاء فليس له استرداده.

الصورة الرابعة: إبراء الإستيفاء أقل وإبراء الإسقاط أكثر.

ثانياً: أن بعض ألفاظ الإبراء عامة وشاملة كافة الحقوق المالية كالثمن والأجرة والمهر وارش الجناية والغصب والأمانات والعارية والإجارة والحقوق الغير مالية كالكفالة بالنفس والقصاص وحد القذف وتشمل الديون والأعيان كقولك: لا حق لي قبل فلان، فكلمة قبل تشمل الأمانات والمضمونات (محيط البرهان) انظر المادة (١٥٦١) وبعضها يستعمل للديون كقولك: هو بريء مما لي عليه وهذا اللفظ خاص بالديون ولا يشمل الأمانات. لأن كلمة عليه لا تستعمل إلا في الديون، والأمانات لا تدخل في الديون.

وبعضها يكون مخصوصاً بالأمانات فلا يدخل فيها الدين والغصب كقولك: هو بريء مما لي عنده أو ليس لي مع فلان شيء، فبهذه الألفاظ يحصل الإبراء من الأمانات فقط. لأن كلمة عند تستعمل في الأمانات ولا تستعمل في المضمونات ألا يرى أنه إذا قال أحد: أن عندي لفلان عشر دنانير فيكون ذلك قد أقر بالأمانة. كذلك كلمة مع تستعمل في الأمانات ولا تستعمل في الديون. لأن الأمانات قائمة فلذلك يتصور مقارنتها مع شخص. أما الدين فهو ثابت في الذمة ولم يكن ثابتاً في النفس حتى يتحقق مقارنته مع شخص (محيط البرهان ورسالة الشرنبلالي).

ثالثاً: الإبراء أما خاص أو عام وسيأتي بيانهما في المادتين الآتيتين.

الوجه الثاني: يقسم الإبراء باعتبار المتعلق أيضاً.

أولاً: يكون الإبراء متعلقاً في الدعوى والخصومة سواء في دعوى الدين أو في دعوى العين المضمونة أو دعوى العين الأمانة أو دعوى الحقوق الأخرى كدعوى الشفعة وحق المسيل ويصح الإبراء في ذلك.

إن الإبراء الوارد ذكره في المادة (١٥٦٥) هو من هذا القسم كما أن الإبراء الوارد ذكره في المادتين (١٥٦٤، ١٥٦٦) هو من هذا القبيل[١]

ثانياً: الإبراء المتعلق بنفس الدين كإبراء الدائن المدين من بعض الدين أو من كله. مثلاً لو غصب أحد من آخر عيناً وتلفت في يده ثم أبرأ المغصوب منه الغاصب من ذلك صح الإبراء وبرئ الغاصب من بدل الضمان (رسالة الإقرار لابن عابدين).

ثالثاً: يكون الإبراء على وجه الإنشاء متعلقاً بعين المضمون كقولك لشخص: أبرأتك من العين الفلانية ومعنى ذلك إثبات البراءة لذلك اللفظ من تلك العين وإسقاط العين بذلك اللفظ، وهذا الإبراء باطل من حيث الدعوى ولا يثبت ملك المبرأ في تلك العين (رسالة الشرنبلالي) أي أن هذا الإبراء لا يسقط حق الدعوى حيث أن العين لا تقبل الإسقاط فلذلك لا تبرأ ذمة المبرأ بهذا الإبراء وللمبرئ أن يدعي تلك العين من المخاطب أو من غيره ويصح هذا الإبراء من حيث نفي وصف الضمان. يعني أنه يحمل هذا الإبراء إبراء من ضمان القيمة. لأنه إذا كان المغصوب موجوداً عيناً فالواجب على الغاصب رد تلك العين وليس رد قيمتها فلذلك لا يصح الإبراء عن شيء لم يكن واجباً (رسالة الشرنبلالي).

رابعاً: الإبراء على وجه الإخبار متعلق بالعين المضمونة كقولك: هو بريء مما لي قبله وهذا اللفظ هو إخبار عن براءة سابقة حاصلة عن سبب صالح ونفي أصلي لعين المال وهذا الإبراء صحيح يشمل الدين والعين والمضمونة والأمانة ولا تسمع الدعوى بعده. لأن كلمة قبل تستعمل في الأمانات والمضمونات (رسالة الإبراء لابن عابدين، رسالة الشرنبلالي في الباب الأول).

فلذلك لو قال أحد عند وجود المنازع. ليس لي في هذه العين ملك فليس له بعد ذلك الدعوى على تلك العين رسالة الشرنبلالي).

كذلك لو قال أحد أنا بريء من هذه الدار فليس له بعد ذلك الإدعاء بتلك الدار وإقامة البينة على مدعاه. لأن البراءة من الدار براءة من ملكه ومن كل حق فيها إلا أن يدعي حقاً حادثاً بعد البراءة فتقبل بينته عليه (محيط البرهان).

خامساً ـ الإبراء المتعلق بعين الأمانة إن هذا الإبراء باطل ديانة. يعني لو أبرأ أحد آخر من الفرس التي سلمها له أمانة كان الإبراء باطلاً وللمبرئ بعد هذا الإبراء إذا ظفر بتلك الفرس أن

(١) فلو قال أبرأتك عن دعوى هذه العين صح الإبراء فلا تسمع دعواه بها بعده على المخاطب دون غيره (رسالة الشرنبلالي).

بأخذها وسيوضح ذلك في شرح المادة (١٥٥١) إلّا أن هذا الإبراء صحيح قضاءً. فلذلك لا تسمع دعوى المبرئ بعد إبرائه على هذا الوجه (تكملة رد المحتار).

سادساً: الإبراء المتعلق بسائر الحقوق كالإبراء من الكفالة وحق الشفعة والحد والقصاص والأرش وحق المسيل المجرد وخيار الشرط وخيار العيب والإبراء من خيار الرؤية بعد رؤية المبيع. انظر المادة (١٥٦٢) وشرحها (رسالة الإقرار لابن عابدين).

المادة (١٥٣٧) ـ (الإبراء الخاص هو إبراء أحد من دعوى متعلقة بخصوص ما كدعوى دار أو مزرعة أو دعوى دين من جهة من الجهات).

الإبراء الخاص هو الإبراء الواقع بلفظ خاص وهو على قسمين:

القسم الأول: الإبراء من دعوى مال مخصوص وهو إبراء أحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص ما كدعوى الدار أو المزرعة أو الفرس أو دعوى دين من جهة من الجهات كالقرض أو الغصب أو ثمن المبيع.

مثلاً. لو قال أحد لآخر: قد أبرأتك من الدعوى المتعلقة بالدار الفلانية كان ذلك إبراءً خاصاً من تلك الدعوى وليس له بعد ذلك الادعاء بتلك الدار إلّا أن له حق الادعاء بدار أخرى أو مزرعة أخرى أو بدين (رسالة الشرنبلالي).

القسم الثاني: الإبراء من ذات المال المخصوص وهذا متعدد وهو:

أولاً: الإبراء الخاص من الدين كقولك: أبرأت زيداً من دين كذا فهذا الإبراء يختص بالدين الذي يكون من تلك الجهة.

ثانياً ـ الإبراء العام عن كل الدين كقولك: أبرأت زيداً مما لي عليه وبهذا اللفظ يبرأ زيد من كل دين إلّا أنه لا يبرأ من العين.

ثالثاً: الإبراء الخاص بالعين وقد بين في شرح المادة الآنفة بأن الإبراء من نفس العين من حيث الدعوى غير صحيح. وللمبرئ أن يدعي على من أبرأه والابراء المذكور يكون صحيحاً من جهة الإبراء عن وصف الضمان للمخاطب.

رابعاً: الإبراء من حق مخصوص كالإبراء من حق الشفعة في عقار بعد ثبوت الشفعة فيه وليس للمبرئ بعد الإبراء الادعاء بالشفعة في ذلك العقار. إلّا أن للمبرئ أن يدعي الشفعة في عقار آخر أو أن يدعي حقاً آخر.

المادة (١٥٣٨) ـ (الإبراء العام هو إبراء أحد آخر من كافة الدعاوى).

الإبراء العام على قسمين

القسم الأول ـ الإبراء الذي يعم كافة الحقوق كالإبراء بقول: لا حق لي قبل فلان وليس في الإبراآت لفظ أعم واجمع من هذا اللفظ. وهذه الكلمة توجب البراءة من الامانات والمضمونات (محيط البرهان) انظر شرح المادة (١٥٣٧).

وكذلك قول إن زيداً بريء من حقي أو ليس لي في الجهة الفلانية دعوى وخصومة أو قول، إنني أبرأتك من حقي، أو إنني أبرأتك من الشيء الذي لي عليك ولا تعلق لي عليه أو ليس لي معه أمر شرعي أو لا استحق عليه شيئاً. من ألفاظ الإبراء العام[١]

وبما أن الإبراء العام هو إبراء أحد آخر من كافة الحقوق أو من كافة الخصومات أو من كافة الدعاوى فلذلك لو قال أحد: إنني أبرأت فلاناً من كافة الحقوق أو قال ليس لي عند فلان أي حق ما أو ليس لي معه أي خصومة فليس لذلك الشخص أن يدعي على الشخص المبرأ بأي حق من عين أو دين أو من جهة الكفالة أو من أي جهة أخرى ما لم يكن الحق المدعى به حادثاً بعد الإبراء[٢].

القسم الثاني: الإبراء الذي يعم نوعاً من أنواع الحقوق.

مثلاً. لو قال أحد قد أبرأت فلاناً من جميع الديون التي لي بذمته فيكون إبراء من الديون أو قال ليس لي عند فلان حق يكون إبراء من الأمانات (رسالة الشرنبلالي).

فلذلك لو قال أحد: قد أبرأت فلاناً من جميع الديون فليس له بعد ذلك الادعاء عليه بدين ولكن لا يمنعه ذلك من أن يدعي عليه باعيان كالأمانة والغصب انظر المادة (١٥٦٤).

كذلك لو قال أحد: ليس لي حق عند فلان فيكون هذا اللفظ إبراءً عاماً للأمانات فليس له الادعاء بأمانة إلّا أن له الادعاء بالديون.

---

(١) رجل قال لا حق لي قبل فلان أو قال في يد فلان ثم أقام بينة على مال في يد المقرله أنه غصبه منه أو ادعى عليه ديناً لا تقبل بينته حتى تشهد الشهود أنه غصب بعد الإقرار أو على دين حادث بعد الإقرار وكذا لو كتب الرجل براءته لرجل أنه لا حق لي قبلك في عين ولا دين ولا شراء ثم أقام البينة على شراء مال من الذي أبرأه أو على قرض ألف درهم لا تقبل إلّا بتاريخ بعد الإبراء ولو قال لا دعوى لي عليك اليوم ليس له أن يدعى بعد اليوم (رسالة الشرنبلالي بتغيير ما).

(٢) وكذا لو قال فلان بريٌ من حقي بريٌ من الحقوق، ولو قال، لا حق لي قبل فلان فليس له أن يدعي حداً ولا قصاصاً ولا أرثاً ولا كفالة بنفس ولا مالاً ولا ديناً ولا وديعة. ولا عارية ولا مضاربة ولا مشاركة ولا ميراثاً ولا داراً ولا أرضاً، ولا أمة ولا شيئاً من الأشياء ولا عرضاً ولا غيره إلّا شيئاً حدث بعد الإبراء (الشرنبلالي والدر المنتقى). ولو قال مالي في يد فلان دار ولا حق ولم ينسبها إلى رستاق ولا قرية ثم ادعى أن له قبله حقاً بالري في رستاق أو في قرية لم تقبل بينته ولو قال لا دعوى لي قبل فلان أو لا خصومة لي قبله يصح. حتى لا تسمع دعواه إلّا في حق حادث بعد البراءة (رسالة الشرنبلالي).

الباب الأول

في بيان من يعقد الصلح والإبراء

المادة (١٥٣٩) - (يشترط أن يكون المصالح عاقلاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فلذلك لا يصح صلح المجنون والمعتوه والصبي غير المميز مطلقاً، ويصح صلح الصبي المأذون إن لم يكن فيه ضرر بين، كما إذا ادعى أحد على الصبي المأذون شيئاً وأقر به يصح صلحه عن إقرار، وللصبي المأذون أن يعقد الصلح على تأجيل وإمهال دينه. وإذا صالح على مقدار من دينه وكانت لديه بينة لا يصح صلحه وإن لم تكن لديه بينة وعلم أن خصمه سيحلف يصح وإن ادعى على آخر مالا فصالح على مقدار قيمته يصح ولكن إذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال لا يصح).

يشترط في صحة الصلح أن يكون المصالح عاقلاً، كما أنه يشترط في جميع التصرفات الشرعية أن يكون المتصرف عاقلاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فلذلك لا يصح صلح المجنون والنائم والمغمى عليه والمبرسم والمدهوش (وهو الذي ذهب عقله بذهول أو وله).

والمعتوه والصبي الغير مميز مطلقاً. يعني سواء أكان في الصلح ضرر بين أو لم يكن وسواء أكان المصالح في ضفة المدعي أو المدعى عليه. لأنه ليس لهؤلاء قصد شرعي انظر المادتين (٩٥٧، ٩٧٩).

إلّا أنه يصح صلح السكران بشيء محرم كالخمر وعده عاقلاً زجراً له وتشديداً عليه (رد المحتار).

إن هذا التفريع متفرع عن الفقرة الأولى فلذلك لا يوجد مانع من تفريع المجنون والصبي الغير مميز على أصل هذه المادة. إلّا أنه كان يجب عدم إتيان المعتوه في هذه الفقرة بل يجب ذكره في الفقرة الثانية. لأنه حسب المادة (٩٧٨) يعد المعتوه في حكم الصغير المميز وقد نصت المادة (١٩٦٧) بأن عقود الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة الولي. كما أنه قد ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة بأنه يصح صلح الصبي المأذون إن لم يكن فيه ضرر بيّن، ولذلك فالمعتوه المأذون هو في حكم الصبي المأذون ويصح صلحه (عبد الحليم) ومع ذلك لو قيل

بأنه قصد من المعتوه المذكور هنا المعتوه غير المأذون إلّا أن نظم المعتوه في سلك المجنون والصبي الغير مميز واعتبار الصلح الواقع منه غير صحيح مطلقاً محتاج للنظر؟

فعليه لو ذكر المعتوه في الفقرة الثانية وبين بأنه إذا كان مأذوناً يصح صلحه. لكان سالماً من التأمل. ويصح صلح الصبي المأذون والمعتوه المأذون إن لم يكن فيه ضرر بيّن وظاهر سواء أكان فيه نفع أو لم يكن فيه وسواء أكان الصبي والمعتوه المذكوران في صفة المدعي أو في صفة المدعى عليه (رد المحتار).

يوجد في صلح الصبي أربعة احتمالات :

أولاً ـ أن يكون في صلحه نفع.
ثانياً ـ أن لا يكون فيه نفع ولا ضرر.
ثالثاً ـ أن يكون فيه ضرر غير بيّن
رابعاً ـ أن يكون فيه ضرر بيّن.

وفي الاحتمالات الثلاثة الأولى يكون الصلح صحيحاً وأما في الاحتمال الرابع فلا يصح كما إذا ادعى أحد على الصبي المأذون شيئاً من أمور التجارة أو بدين أو وديعة أو عارية أو مضاربة أو غصب أو ما أشبه ذلك من ضرورات التجارة واقر به على ما جاء في المادة (١٥٧٣). يصح صلحه عن إقرار حتى لو كان المدعى به ديناً وكان بدل الصلح بمقدار المدعى به أو كان المدعى به عيناً وكان البدل المذكور بقيمة المدعى به أو كان زائداً عن قيمته بغبن يسير. وفي الصورة الأولى والثانية ليس في الصلح نفع أو ضرر وفي الصورة الثالثة يوجد ضرر غير بيّن. أما إذا كان في الصلح ضرر بين كالصلح بتنزيل ثمن المبيع بغير عيب فلا يصح (البزازية).

وتعبير الإقرار الوارد في هذه الفقرة ليس احترازياً فلذلك لو ادعى أحد على الصبي المأذون بحق وأنكر الصبي وكان لدى المدعي بينة عادلة فصالحه الصبي صح الصلح (عبد الحليم). هذا المثال مثال على كون الصبي المأذون مدعى عليه اما إذا كان الصبي المأذون مدعياً فيصح صلحه على هذا الوجه.

مثلاً ـ لو ادعى المأذون بدين على أحد وتصالح الصبي مع المدعى عليه على بعض ذلك الحق بنظر.

فإذا لم يكن لدى الصبي بينة وكان معلوماً بأن الخصم سيحلف اليمين كان الصلح صحيحاً. لأنه إذا لم يكن لدى الصبي بينة فلا يبقى له سوى الخصومة واليمين والمال أفيد منهما، أما إذا كان لديه بينه فلا يصح الصلح. لأن الصلح يكون في تلك الحال حطاً وتنزيلاً وتبرعاً وليس للصبي ذلك، انظر الفقرة الثانية من المادة (٩٦) وللصبي المأذون أن يعقد الصلح على تأجيل وإمهال دينه سواء أكان لديه بينة أو لم يكن وسواء أكان المدعى عليه مقراً أو منكراً. لأن هذا الإمهال والتأجيل هو من أعمال التجارة والصبي المأذون في أعمال التجارة كالبالغ (الدرر، تكملة رد

المحتار). كما أن للبالغ أن يصالح بالإمهال والتأجيل على هذا الوجه كما هو مذكور في المادة (١٥٥٣).

مثلاً: لو ادعى الصبي المأذون على آخر بعشرة دنانير ديناً وبعد أن أقر المدعى عليه بالدين تصالح مع الصبي على أن يدفع المبلغ المذكور بعد ستة شهور كان صحيحاً وللصبي المأذون حسب هذه المادة أن يصالح على حط وتنزيل مقدار من الدين. وعليه لو ظهر عيب قديم في المال الذي باعه الصبي المأذون وأراد المشتري رده بخيار العيب فللصبي أن يعقد الصلح بحط وتنزيل بعض الثمن إلّا أنه لا يجوز له الصلح بحط الثمن بدون وجود عيب كما بيّن آنفاً.

إن قيد الصبي المأذون هو قيد احترازي. لأن الصبي إذا كان محجوراً لا يصح صلحه. بل إن لأبيه أو لجده أو لوصيه الصلح عنه كما هو مذكور في المادة الآتية (عبد الحليم).

وإذا صالح على مقدار من دينه وكانت لديه بينة على إثبات دينه فلا يصح صلحه. لأن في هذا الصلح ضرراً بيناً. وجهته ترك مقدار من المدعى به للمدعى عليه وإن لم تكن بينة وعلم إن خصمه سيحلف اليمين يصح. لأنه ليس في هذا الصلح ضرر بل فيه نفع. لأن المال أولى من اليمين وإن ادعى على آخر مالا فصالح على مقدار قيمته يصح ولو كان لديه بينة أو كان المدعى عليه مقراً. لأن هذا الصلح يتضمن المبادلة والصبي المأذون هو أهل للتجارة والمبادلة ولكن إذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال لا يصح. لأن في هذا الصلح ضرراً بيناً.

سؤال - ما دام أن هذا الصلح هو مبادلة وتجارة وكان بيع الصبي المأذون بغبن فاحش جائزاً كما ذكر ذلك في شرح المادة(٩٧٣) فكان من اللازم جواز صلح الصبي المأذون بنقصان فاحش من قيمة ذلك المال فما هو الفرق بين ذلك البيع وبين هذا الصلح؟

المادة(١٥٤٠) - (إذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح إن لم يكن فيه ضرر بين. فإن كان فيه ضرر بين لا يصح، فلذلك لو ادعى أحد على صبي كذا دراهم وصالح أبوه على أن يعطي كذا دراهم من مال الصبي يصح أن كانت بينة لدى المدعي. وإن لم تكن لديه بينة لا يصح وإذا كان للصبي دين في ذمة آخر وصالحه أبوه بحط وتنزيل مقدار منه لا يصح صلحه أن كانت لديه بينة أما إذا لم تكن لديه بينة وكان معلوماً أن المدين سيحلف اليمين فيصح الصلح حينئذٍ. ويصح صلح ولي الصبي على مال تساوي قيمته مقدار مطلوبه ولكن إذا وجد غبن فاحش لا يصح).

إذا صالح ولي الصبي كأبيه أو جده عن دعوى الصبي أو متولي الوقف عن دعوى الوقف أو وصي الصغير سواء كان هذا الصلح في عقار أو منقول أو في غيرهما يصح إن لم يكن فيه ضرر بين للصبي أو الوقف.

أما إذا كان فيه ضرر بين فلا يصح الصلح أنظر المادة (٥٨) ولا يصح بطريق الأولى صلح الأخ ووصي الأم (تكملة رد المحتار).

فلذلك لو ادعى أحد على صبي كذا دراهم أو على وقف أو ادعى بحانوت وصالح أبوه على أن يعطي كذا دراهم من مال الصبي أو صالح المتولي على أن يعطي كذا دراهم من مال الوقف يصح إن كانت للمدعي بينة وكان بدل الصلح بقيمة المدعى به أو بازيد منه بغبن يسير أو بأقل منه ويكون ذلك بمقام الشراء حيث أن المدعي قادر على أخذ تمام حقه بإقامة البينة (البزازية).

وإن لم تكن لدى المدعي بينة عادلة فلا يصح ولو كان المال المصالح عليه أي بدل الصلح أقل بكثير من قيمة المدعى به. لأنه بهذا الصلح قد تبرع بمال الصبي الذي هو بدل الصلح للمدعي.

يعلم وجود بينة عند المدعي على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول ـ بإثبات المدعي دعواه بحضور الحاكم بالشهادة فلذلك إذا صالح وصي الصغير المدعي بعد أن أثبت مدعاه بالبينة صح الصلح.

الوجه الثاني ـ أن يقيم المدعي شهوده في حضور الولي أو الوصي ويشهدهم ويعلم صدق الشهود المذكورين وكونهم غير متهمين ففي هذا الحال يصح الصلح أيضاً.

الوجه الثالث ـ أن يكون معلوماً عند الولي أو الوصي بأن الشهود سيشهدون في حضور الحاكم وأن الحاكم سيقبل شهادتهم إذا شهدوا في حضوره يصح الصلح أيضاً أما إذا كان معلوماً بأن الشهود غير مقبولي الشهادة أو أنهم سوف لا يشهدون فلا يصح الصلح (جامع أحكام الصغار).

قيل على أن يعطي كذا دراهم من مال الصبي أو من مال الوقف. لأنه لو صالح الولي أو المتولي عن تلك الدعوى على ما لهما صح الصلح وإن لم يكن لدى المدعي بينة. لأنه ليس في هذا الصلح أي ضرر على الصبي أو الوقف حيث يكون الولي والمتولي متبرعين في مالهما وليس لهما الرجوع على الصبي أو الوقف ببدل الصلح. أنظر المادة (١٥٤٤) (البزازية).

وإذا كان للصبي مطلوب من جهة ما في ذمة آخر كأن يكون له الف درهم ديناً في ذمة آخر وصالحه أبوه بحط وتنزيل مقدار منه كتنزيل مائة درهم لا يصح صلحه إن كانت له بينة أو كان المدين مقراً أو كان الدين محكوماً به. أما إذا لم تكن لديه بينة ولم يقر المدين وكان معلوماً لديه بأن الخصم سيحلف اليمين ففي تلك الحالة يصح الصلح ولو كان المقدار الذي حط كثيراً إلا أنه إذا حصل لدى الأب بينة عادلة بعد ذلك أو للصبي بعد البلوغ فتقبل البينة وينقض الصلح (علي افندي عن الحاوي).

ويصح صلح ولي الصبي على مال تساوي قيمته مقدار مطلوبه أو تقل عن قيمته بغبن يسير

حتى لو كان لديه بينة تثبت مدعاه أو كان الخصم مقراً لأن هذه الصورة هي معاوضة والولي والوصي يقتدران عليها.

ولكن إذا وجد غبن فاحش لا يصح. يعني إذا كان المدين مقراً أو كان لدى وصي الصغير بينة تثبت مدعاه وكانت قيمة المال المصالح عليه انقص بكثير من مطلوب الصبي وكان في ذلك الصلح غبن فاحش فلا يصح صلح الولي. لأنه يكون تبرعاً ولا يجوز التبرع من مال الصبي أنظر المادة (٥٨) إلا أنه يجوز الصلح بغبن يسير (الهندية) أما إذا كان المدين غير مقر وليس لدى الولي بينة وكان معلوماً بأن الخصم سيحلف اليمين فحينئذ يجوز الصلح ولو كان فيه غبن فاحش.

الصلح عن الدين الحاصل من عقد عقده الولي أو الوصي.

ليكن معلوماً بأن الدين المذكور هنا هو الدين الغير حاصل من عقد عقده الولي أو الوصي. أما إذا كان الدين الذي في ذمة آخر للصبي حاصلاً من معاملة اجراها الولي أو الوصي فإذا صالح الولي أو الوصي على دين كهذا بحط مقدار منه أو بغبن فاحش يصح الصلح عند الطرفين ويلزم الوصي أو الولي ضمان المقدار الذي اسقطاه.

مثلاً لو أجر الولي دار الصبي بألف درهم وأبرأ المستأجر من خمسمائة درهم أو صالح على المبلغ المذكور بمال يساوي خمسمائة درهم كان الصلح صحيحاً ويضمن الولي للصبي الخمسمائة درهم الساقطة (الأنقروي).

لذلك إذا أجل وصي الميت دين الميت صلحاً فإذا كان ذلك الدين حاصلاً من عقد عقده الوصي كان الصلح صحيحاً ويضمن الوصي المقدار التالف والمسقط من ذلك الدين؛ أما إذا لم يكن المطلوب المذكور حاصلاً من عقد عقده الوصي فلا يصح الصلح وعند الثاني يصح التأجيل في الحالة المفصلة في هذه المادة (البزازية).

المادة(١٥٤١) - (لا يصح إبراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقاً).

أي الصبي المأذون وغير المأذون أنظر المادتين (٩٥٧، ٩٦٧) (المجموعة الحديثة) والمقصد من هذه الإبراء إبراء الإسقاط أما إبراء الصبي المأذون إبراء استيفاء فهو صحيح فلذلك إذا ادعى المبرئ بأنه كان صغيراً وقت الإبراء وادعى الآخر بأن المبرىء كان بالغاً وقت الإبراء فالقول لمدعي الصغر. أما البينة فللآخر (صرة الفتاوى في الأقرار) أنظر المادة (٧٧).

وإن كان لا يصح إبراء الصغير والمعتوه حسب هذه المادة إلا أن إبراء الوصي أو الولي من دين حاصل من معاملة وقعت منهما صحيح ويضمنان المقدار الذي ابرآه منه كما بين ذلك في شرح المادة الآنفة وكذا المتولي لو إبرأ المشتري من الثمن يصح عندهما (جامع الفصولين).

المادة(١٥٤٢) - (الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح).

فعليه إذا وكل أحد آخر بدعواه وصالح عن تلك الدعوى بلا إذن لا يصح صلحه أي لا

ينفذ لأن الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح كما أن الوكالة بالصلح لا تستلزم الوكالة بالخصومة (مجمع الأنهر في الوكالة).

فلذلك إذا وكل أحد آخر بدعواه المقامة على آخر وصالح الوكيل على تلك الدعوى، بلا إذن الموكل، مع الخصم فلا يصح ذلك الصلح ولا ينفذ أي تبقى الدعوى على حالها ويجري في ذلك أحكام صلح الفضولي المبينة في المادة (١٠٤٤).

ويشار بعبارة (بلا إذن) بأن الوكيل بالخصومة إذا كان مأذوناً من قبل موكله بالصلح يصح صلحه أنظر المادة (١٤٥٩) وشرحها).

المادة(١٠٤٣) - (إذا وكل أحد آخر على أن يصالح عن دعواه وصالح ذلك بالوكالة يلزم المصالح عليه الموكل، ولا يؤاخذ الوكيل بذلك ولا يطالب به، إلا إذا كان الوكيل قد ضمن المصالح عليه ففي تلك الحال يؤاخذ الوكيل بحسب كفالته، وأيضاً لو صالح الوكيل عن اقرار بمال عن مال وأضاف الصلح إلى نفسه فحينئذ يؤاخذ الوكيل أي يؤخذ بدل الصلح منه وهو يرجع على الموكل، مثلاً: لو صالح الوكيل بالوكالة على كذا دراهم يلزم الموكل اعطاء ذلك المبلغ ولا يكون الوكيل مسئولاً عنه لكن لو قال: صالح على كذا وأنا كفيل به ففي تلك الحال يؤخذ ذلك المبلغ منه وهو يرجع على موكله، وأيضاً لو وقع الصلح عن اقرار بمال عن مال فإن كان قد عقد الوكيل الصلح بقوله: صالحني عن دعوى فلان وعقد الصلح فيكون في حكم البيع ويؤخذ في هذه الصورة بدل الصلح من الوكيل وهو يرجع على الموكل).

قاعدة - إذا عقد الصلح من طرف الوكيل ينظر. فإذا كان الصلح معاوضة اسقاطية أي إذا كان الوكيل سفيراً محضاً فلا يلزم الوكيل بدل الصلح بل يلزم الموكل حيث أن هذا الصلح اسقاط وفي الإسقاط تجب الإضافة إلى الموكل والوكيل في ذلك يكون سفيراً محضاً فلذلك لا يلزم بشيء ما لم يكن قد التزمه (تكملة رد المحتار ونتائج الأفكار).

صلح الإسقاط هو كما يأتي:

أولاً - الصلح عن الذمة الثابتة في ذمة الموكل بمقدار من عين ذلك الجنس.

ثانياً - الصلح عن الدم العمد.

ثالثاً - الصلح عن جناية فيما دون النفس.

رابعاً - الصلح عن النكاح سواء كان هذا الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت فلا يلزم الوكيل ضمان بدل الصلح ما لم يضمنه (الكفاية).

خامساً ـ إذا لم يقع الصلح على مقدار من الدين بل كان صلحاً عن المال المدعى به بمال آخر وكان الصلح عن إنكار فيلزم بدل الصلح الموكل سواء كان بدل الصلح أو البدلان عيناً أو كان ديناً مختلف الجنس. لأن الصلح عن انكار يتضمن اسقاط الحق (الكفاية) فإذا كان هذا الصلح مبادلة ومعاوضة مالية وأضاف الوكيل العقد إلى نفسه فيلزم الوكيل بدل الصلح. لأن هذا الصلح هو كالبيع وفي عقد البيع ترجع الحقوق إلى المباشر فلذلك ترجع الحقوق في هذا الصلح الذي هو في منزلة البيع للمباشر وللوكيل بعد ذلك أن يرجع ببدل الصلح على موكله (تكملة رد المحتار). أما إذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله فتلزم أيضاً الموكل.

فعليه إذا وكل أحد أي المدين آخر على أن يصالح المدعي عن الدعوى وصالح ذلك بالوكالة على بدل ما يلزم المصالح عليه الموكل.

هذا إذا كان الصلح غير محتمل المعاوضة كالصلح عن مقدار من الدين سواء كان هذا الصلح عن إنكار أو عن إقرار أو عن سكوت. وكذا إذا صالح عن إقرار أو عن سكوت أو إنكار في دم العمد لأن هذا الصلح إسقاط محض كما بين آنفاً والوكيل فيه سفير ومعبر (مجمع الأنهر والدر المختار).

ولا يطالب الوكيل بالمصالح عليه أنظر المادة (١٤٦٢) أما إذا اعطي الوكيل بدل الصلح من نفسه كان صحيحاً وله الرجوع على موكله لأن الأمر بالصلح أمر بالضمان (عبد الحليم) [١]

إلا إذا كان الوكيل قد ضمن المصالح عليه ففي تلك الحال يؤاخذ الوكيل بالمصالح عليه بحسب كفالته أي يؤخذ بدل الصلح من الوكيل باعتباره كفيلاً أنظر المادة (٦٧٤) ويرجع الوكيل على الموكل ولو ضمن بدون أمر موكله لأن الصلح جائز بدون أمر ولذلك يلزم أن يكون للأمر فائدة وفائدته أن الأمر بالصلح أمر متضمن أداء بدل الصلح (تكملة رد المحتار).

وأيضاً لو كان الصلح كالبيع أي صالح الوكيل عن إقرار بمال عن مال وأضاف الصلح إلى نفسه. مثلاً لو صالح عن عشر دنانير بخمسين ريالاً أو عن فرس بفرس أخرى وأضاف عقد الصلح إلى نفسه فحينئذ يؤاخذ الوكيل. يعني يؤخذ بدل الصلح منه. لأن هذا الصلح هو من المعاوضات المالية وحقوق العقد في المعاوضات المالية ترجع إلى الوكيل (الزيلعي) أما لو اضافه إلى الموكل فلا يلزمه شيء ويطالب الموكل بالعوض أنظر المادة (١٤٦١).

وهو يرجع على الموكل بدل الصلح؛ أما إذا لم يكن هذا الصلح عن إقرار بل كان عن إنكار فلا يلزم الوكيل بدل الصلح سواء كان الصلح عن مال بمال أو كان بصور أخرى أو كان عن دم العمد أو عن الدين أو عن غيرهما. لأن هذا الصلح من جانب المدعى عليه فداء لليمين وقطع للنزاع.

(١) لعدم توقف صحته على الأمر ويصرف الأمر إلى إثبات حق الرجوع (البزازية).

الخلاصة ـ إن بدل الصلح يلزم الموكل في صورتين:

الصورة الأولى : إذا كان الصلح من المعاوضات الإسقاطية وهذا يكون على أربعة أوجه كما ذكر آنفاً.

الصورة الثانية: أن يكون الصلح من المعاوضات المالية ويضيف الوكيل عقد الصلح إلى موكله.

ويلزم بدل الصلح الوكيل في صورتين:

الأولى : أن يكفل الوكيل بدل الصلح في المعاوضات الإسقاطية.

الثانية: إذا أضاف الوكيل الصلح إلى نفسه في المعاوضات المالية كما لو قال صالحني عن دعواك على ألف درهم ونفذ الصلح على المأمور ويجب المال على المأمور ثم يرجع به على الآمر. لأنه أضاف الصلح إلى نفسه وهو مأمور فيكون بمنزلة الوكيل بالشراء (الخانية).

مثلاً ـ لو صالح الوكيل بالوكالة عن الألف درهم دين موكله، بخمسماية درهم يلزم الموكل أن يؤدي الخمسماية درهم المذكورة ولا يكون الوكيل مسئولاً عنها. لكن لو قال الوكيل للدائن: صالحني عن دعوى فلان بكذا درهم وأنا كفيل على بدل الصلح فصالح الدائن الوكيل على هذا الوجه ففي تلك الحال يؤخذ خمسماية درهم من الوكيل حسب كفالته وهو حسب المادة (٦٥٧) يرجع على موكله وأيضاً لو وقع الصلح عن إقرار بمال عن المال المدعى به بأن كان قد عقد الوكيل الصلح بقوله للمدعي: صالحني عن دعوى فلان أي أنه صالحه وأضاف العقد لنفسه يؤخذ بدل الصلح منه لأنه في حكم البيع وترجع حقوق العقد في البيع إلى العاقد وللوكيل الرجوع على موكله أما إذا أضاف الوكيل بالصلح العقد إلى موكله فيلزم بدل الصلح الموكل (مجمع الأنهر).

المادة (١٥٤٤) ـ (إذا صالح أحد فضولاً، يعني بلا أمر، عن دعوى واقعة بين شخصين فإن ضمن بدل الصلح أو أضاف بدل الصلح إلى ماله بقوله: على مالي الفلاني أو أشار إلى النقود أو العروض الموجودة بقوله: على هذا المبلغ أو هذه الساعة أو أطلق بقوله صالحت على كذا بدون أن يضمن أو يضيف إلى ماله أو يشير إليه ذلك المبلغ يصح الصلح في هذه الصور الأربع ويكون المصالح متبرعاً، فإذا لم يسلم بدل الصلح في الصورة الرابعة أي في صورة الإطلاق يكون موقوفاً على إجازة المدعى عليه فإن أجاز صح الصلح ولزمه بدله وإن لم يجز بطل الصلح وتبقى الدعوى على حالها).

إذا صالح أحد عاقل بالغ فضولاً، يعني بلا أمر المدعى عليه[1] عن دعوى واقعة بين

(١) قيل بلا أمر لأنه إذا كان بأمر يكون وكيل المدعى عليه ويجري في ذلك حكم المادة (الـ ١٥٤٢).

شخصين صلحاً لا يمكن حمله على المعاوضة ففي ذلك وجهان.

الوجه الأول: إذا أضاف ذلك الفضولي الصلح إلى نفسه كأن يقول الفضولي مثلاً: صالحني عن دعواك مع فلان بألف درهم وصالحه ذلك الشخص صح الصلح ويلزم بدل الصلح ذلك الفضولي ولو لم يضمن أو يضيف الصلح إلى ماله أو ذمته لأن إضافة الفضولي الصلح إلى نفسه تنفذ في حقه ويكون قد التزم بدل الصلح مقابل إسقاط اليمين عن المدعى عليه وليس للفضولي الرجوع على المدعى عليه ببدل الصلح هذا إذا لم يكن حصل الصلح بأمر المدعى عليه.

الوجه الثاني: إذا أضاف الفضولي عقد الصلح إلى المدعى عليه بأن يقول للمدعي تصالح مع فلان عن دعواك ففي هذه الحال يوجد صور خمس ففي أربع منها يكون الصلح لازماً وفي الخامسة منها يكون موقوفاً، ووجه الحصر هو أن الفضولي أما أن يضمن بدل الصلح أو لا يضمن فإذا لم يضمن فأما أن يضيف الصلح إلى ماله أو لا يضيفه فإذا لم يضفه أما أن يشير إلى نقد أو عرض أو لا يشير فإذا لم يشر أما أن يسلم العوض أو لا يسلم (رد المحتار).

ويوضح كل واحد من هذه حسب ما يأتي:

قد ذكرت صور إضافة الفضولي الصلح إلى نفسه أو إلى المدعى عليه آنفاً إلّا أنه إذا قال الفضولي للمدعي: قد صالحتك مع فلان عن دعواك بألف درهم فعند بعض الفقهاء يكون من قبيل الوجه الأول وينفذ الصلح بهذا اللفظ في حق الفضولي ويلزمه بدل الصلح وعند البعض الآخر يكون ذلك من قبيل الوجه الثاني ويجري في ذلك التفصيلات الآتية (الخانية)؛

الصورة الأولى من الصور المذكورة: وهو إذا ضمن الفضولي بدل الصلح مثلاً: لو قال الفضولي للمدعي صالح فلان عن دعواك معه بألف درهم وأنا ضامن لك ذلك المبلغ وقبل المدعي تم الصلح وصح لأنه في هذه الصورة لم يحصل للمدعى عليه سوى البراءة فكما أن للمدعى عليه أن يحصل على براءته بنفسه فللأجنبي أيضاً أن يحصل على براءة المدعى عليه وفي هذه الصورة وأن لم يلزم الفضولي بدل الصلح بسبب عقده للصلح من حيث كونه سفيراً إلّا أنه يلزمه أداؤه بسبب ضمانه (الزيلعي والهندية).

والفضولي يكون متبرعاً في بدل الصلح الذي ضمنه بلا أمر وليس له الرجوع على المدعى عليه أما إذا ضمنه بأمره فلا يكون متبرعاً (الهداية والكفاية) وليس للمصالح الفضولي المداخلة بالمدعى به أي بأن يقول: بما إنني أعطيت بدل الصلح فالمدعى به لي بل يكون المدعى به لمن كان في يده. لأن تصحيح هذا الصلح بطريق الإسقاط (الهداية والزيلعي) ولا فرق بين أن يكون المدعي عليه مقراً أو منكراً فليس للفضولي في الصورتين المداخلة في المدعى به (الهداية).

ومؤاخذة الفضولي ببدل الصلح في هذه الصورة ليس لكفالته. لأن هذا الضمان غير معدود من الكفالة لأن الكفالة إنما تكون بعد وجوب المال على الأصل وبما أن المدعى عليه منكر فلا يكون قد وجب عليه شيء (الخانية) فيه نظر؟ انظر المادة (٨١) وشرحها.

الصورة الثانية : أن لا يضمن الفضولي بدل الصلح إلّا أنه يضيفه إلى ماله أي إلى المال الذي يضيفه لنفسه كـأن يقول قد صالحت على مالي الفلاني أو على ألف درهمي هذه أو على فرسي هذه صح الصلح ، لأن المصالح الفضولي بإضافة الصلح إلى ما له يكون قد التزم تسليمه ولما كان مقتـدراً على تسليم البـدل صح الصلح ولـزم الفضولي تسليم البـدل (الهدايـة ومجمـع الأنهر والزيلعي) .

الصورة الثالثة ـ أن يشير إلى العروض أو النقود الموجودة بقوله على هذا المبلغ أو هذه الساعة أو أطلق بقوله صالحت على كذا ولم يكن ضامناً ولا مضيفاً إلى ماله ولا مشيراً إلى شيء وسلم المبلغ يصح الصلح لأن بدل الصلح المشار إليه قد تعين تسليمه على أن يكون من ماله وتم بذلك الصلح (مجمع الأنهر) .

والفرق بين الصورتين الثانية والثالثة هو أن الفضولي في الصورة الثانية قد أضاف الصلح إلى ماله الذي نسبه إلى نفسه أما في الصورة الثالثة فبدل الصلح مع كونه ماله إلاّ أنه لم ينسبه إلى نفسه أثناء العقد ومع أن ذلك ليس بفرق مهم إلاّ أن الزيلعي عد ذلك إحدى الصور فجعلها أربعاً .

الصورة الرابعة : إذا أطلق بقوله صالحت على كذا ولم يكن ضامناً ولا مضيفاً إلى ماله ولا مشيراً إلى شيء وسلم المبلغ يصح الصلح . لأن تسليم بدل الصلح يوجب بقاء البدل المذكور سالماً للمدعي ويستلزم حصول المقصود بتمام العقد فصار فوق الضمان والإضافة إلى نفسه (مجمع الأنهر وتكملة رد المحتار) .

فعليه إذا حصل للمدعي عوض في هذه المواضع يتم رضاؤه ويبرأ المدعى عليه ولا شيء للفضولي المصالح من المصالح عنه[1] .

ويستفاد من حصر لزوم التسليم في الصورة الرابعة بأن تسليم بدل الصلح في الصورة الثانية والثالثة ليس شرطاً في صحة الصلح ويصح الصلح فيهما ولو لم يحصل التسليم ويجبر على التسليم (عبد الحليم) .

ويصح الصلح في هذه الصور الأربعة ويكون الفضولي المصالح متبرعاً لأنه يكون قد أجرى هذا العمل بلا أمر المدعى عليه (مجمع الأنهر والدر المنتقى) .

والمقصود من الفضولي هنا كما ذكر في الشرح الفضولي العاقل البالغ الذي هو أهل للتبرع . لأن الفضولي إذا لم يكن أهلاً للتبرع كأن يكون صبياً مأذوناً أو غير مأذون فلا يصح الصلح وتبقى الدعوى على حالها انظر المادة (٩٦٧) .

---

(١) لأنه سفير ومعبر بخلاف ما إذا صالح عن عين في يد المدعى عليه وهو مقر به انه للمدعي حيث يملك العين . لأنه معاوضة من كل وجه فيكون مشترياً لنفسه من مالكه فيملكه إذا الشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذاً بل ينفذ عليه (الزيلعي) .

تتمة : إذا ادعى أحد حقاً في عقار تحت يد ورثة وأقام دعواه هذه بمواجهة عدد من الورثة وكان بعض الورثة غائباً أثناء ذلك وصالح المدعي الحاضرين عن عموم الورثة على مال فالصلح جائز ويكون الورثة الحاضرون متبرعين في حق شركائهم. وكذلك إذا تصالح الورثة الحاضرون مع المدعي على أن يكون حق المدعي للورثة المصالحين وألا يكون لغيرهم يصح الصلح لأن هذا الوارث يتملك حق المدعي بهذا العقد ثم يقوم مقام المدعي في إثبات حقه فإن أثبت سلم له وإن لم يقدر على إثباته بطل الصلح بحصة الشركاء ويرجع على المدعي بحصة ذلك من البدل (الخانية).

مسئولية الفضولي عن سلامة بدل الصلح.

إذا ضبط بدل الصلح بالاستحقاق أو ظهر زيوفاً بعد أن عقدالفضولي العاقل البالغ الصلح بنظره ففي الصورة الأولى يعني إذا كان الفضولي ضامناً لبدل الصلح يطالب الفضولي به. لأنه التزمه بالضمان فأصبح ديناً في ذمته. أما في الوجوه والصور الثلاثة الباقية فلا يطالب. لأن المصالح قد التزم تسليم الشيء المعين على طريق التبرع. وحيث لم يتعهد بإيفائه من مال آخر فلا يلزمه إعطاء مال آخر. إذ ليس على المحسنين من سبيل إلّا أن للمدعي أن يرجع إلى دعواه. لأنه لم يرض بترك دعواه بدون بدل (الزيلعي وأبو السعود).

وإذا لم يسلم بدل الصلح في الصورة الرابعة أي في صورة الإطلاق يكون موقوفاً على إجازة المدعى عليه فإذا أجاز المدعى عليه يصح الصلح، لأن الإجازة في منزلة التوكيل ابتداء والحكم بالتوكيل هو حسب ما ذكر (الشبلي) ويلزم المدعى عليه بدله. لأن المدعى عليه قد التزم هذا البدل باختياره ويخرج الأجنبي الفضولي من بينهم ولا يلزمه شيء (الخانية) وإن لم يجز المدعى عليه يبطل الصلح (الخانية).

ولا فرق بين أن يكون المدعى عليه مقراً أو منكراً أو كان بدل الصلح عيناً أو ديناً. لأن المصالح لم يضف بدل الصلح لنفسه أو ماله كما أنه لم يضمنه فلا يلزمه البدل المذكور كما أنه ليس للفضولي ولاية على المدعى عليه فإيجابه عن المدعى عليه غير ممكن وحيث إن سقوط حق المدعي بلا عوض مخالف لرضائه فلذلك كان هذا الصلح موقوفاً (الكفاية والخانية ومجمع الأنهر). وتبقى الدعوى على حالها، لأنه حسب أحكام المادة (٥٢) من المجلة إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.

الباب الثاني

في بيان بعض أحوال وشروط المصالح عليه والمصالح عنه

المادة (١٠٤٥) - (إذا كان المصالح عليه عيناً فهو في حكم المبيع وإذا كان ديناً فهو في حكم الثمن وعليه فالشيء الذي يصلح لأن يكون مبيعاً أو ثمناً في البيع يصلح لأن يكون بدلاً في الصلح أيضاً).

يجب حمل الصلح على العقد الذي يكون قريباً منه ويجب وجود شروط ذلك العقد. لأنه يجب تصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان (البحر وعبد الحليم) أنظر المادة (٦٠) فلذلك إذا كان المصالح عليه عيناً كعقار معلوم أو عروض أو مكيل أو موزون فالعقد الواقع بيع وهؤلاء في حكم المبيع وإذا كان المصالح عليه ديناً كأن يكون مكيلاً أو موزوناً غير معينين أو ذهباً أو فضة كذلك يكون العقد بيعاً وهؤلاء ثمنا وإذا كان المصالح عليه منفعة فعقد الصلح في حكم الإجارة. وعلى هذا الحال فكما يجوز أن يكون ثمن المبيع معجلاً أو مؤجلاً يجوز أيضاً أن يكون بدل الصلح معجلاً أو مؤجلاً (البزازية).

فلذلك يكون الصلح بعضاً بيعاً وبعضاً إجارة، إلا أنه يوجد صلح لا يمكن حمله على أحد العقود المعلومة كالصلح عن دعوى جناية العمد المقامة من الطرفين (عبد الحليم) وكذلك فالشيء الذي يكون صالحاً لأن يكون مبيعاً أو ثمناً في البيع يصح أن يكون بدل صلح في الصلح، وعليه فالعروض والعقار والمكيلات والموزونات المعينة تصح أن تكون بدل صلح كما يصح أن تكون مبيعاً، إلا أنه يوجد بعض أشياء تصح أن تكون بدل صلح في الصلح مع كونها لا تصح في البيع أن تكون مبيعاً. وبيان ذلك ما ورد في المادة (١٠٤٧) من أنه لو ادعى أحد على آخر بحق في الدار التي تحت يده وادعى الآخر على المدعي حقاً في البستان الذي تحت يده وتصالحا قبل أن يعينا مدعاهما على أن يترك كل منهما دعواه فحيث أن الحق لم يكن معلوماً في هذا الصلح فلا يجوز أن يكون ذلك مبيعاً حسب ما هو مذكور في المادة (٢٠٣) إلا أنه صح أن يكون بدل صلح. وكذلك يوجد بعض أشياء غير صالحة في البيع أن تكون مبيعاً وهي غير صالحة أن تكون بدل صلح كما سيذكر في شرح المادة الآتية كالجيفة والحر. وكذلك كذا درهماً غير معين وكذا كيلة من المكيلات غير مشار إليها يصح أن يكون بدل صلح كما يصح أن يكون ثمن مبيع. إلا أنه يوجد بعض أشياء يصح أن تكون بدل صلح مع كونها ليست صالحة لأن تكون ثمن مبيع (أنظر المادة (١٠٤٧).

المادة(١٠٤٦) - (يشترط أن يكون المصالح عليه مـال المصالـح وملكه

فلذلك لو أعطى المصالح مال غيره ليكون بدل الصلح لا يصح صلحه).

يشترط أن يكون المصالح عليه مال وملك المصالح وبعبارة أخرى يجب أن يجوز المصالح عليه شرطين:

أولهما - أن يكون مالا وملكاً فلذلك إذا جعل بدل الصلح شيئاً لم يكن بمال كالجيفة والحر فلا يصح الصلح.

وتعبير (ملك) يشمل المنفعة. لأن المصالح عليه كما أنه يجوز أن يكون مالا يجوز أن يكون منفعة أيضاً كركوب حيوان معين في وقت معين وزراعة أرض معينة في وقت معين وكسكنى دار معينة في وقت معين (تكملة رد المحتار).

ثانيهما - أن يكون ذلك المال والملك للمصالح. فلذلك لو اعطى المصالح مال غيره ليكون بدل الصلح لا يصح صلحه ما لم يجز ذلك الغير أنظر المادة (٩٦) مثلاً لو صالح المدعى عليه على بغلة أحد فلا يصح الصلح، كذلك اذا ضبط بدل الصلح بالاستحقاق بطل الصلح كما هو مذكور في المادة (١٥٥٠).

أما إذا جاز صاحب البغلة الصلح انقلب الصلح إلى الصحة ولصاحب البغلة أن يأخذ قيمتها من المدعى عليه..

أما إذا كان مال الغير المصالح عليه ديناً ولم يكن عيناً أو كان عيناً لا يتعين بالتعيين كالذهب والفضة فالصلح صحيح ولو لم يجزه الغير ويجب على المصالح أن يؤدي للمدعي مثل المصالح عليه أنظر شرح المادة (١٥٤٨)، أن الشروط العائدة للمصالح عنه قد ذكرت في (١٥٣٤).

المادة (١٥٤٧) - (يلزم أن يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين إن كانا محتاجين للقبض والتسليم وإلا فلا مثلاً لو ادعى أحد من الدار التي هي في يد الآخر حقاً وادعى هذا من الحديقة التي هي في يد ذلك حقاً وتصالحا على أن يترك كلاهما دعويهما من دون أن يعينا مدعاهما يصح. كذلك لو ادعى أحد من الدار التي هي في يد الآخر حقاً وصالحه على بدل معلوم ليترك الدعوى يصح ولكن لو تصالحا على أن يعطى المدعي للمدعى عليه بدلاً وأن يسلم هذا حقه لذلك لا يصح).

يلزم أن يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين أن كان كلاهما محتاجاً للقبض والتسليم أما إذا كان أحدهما محتاجاً للقبض والتسليم فيلزم (أولاً) أن يكون ذلك معلوماً، (ثانياً) أن يكون

مقدور التسليم (ثالثاً) أن يكون تسليمه غير مضر إذ أن جهالة البدل باعثة للنزاع (مجمع الأنهر والكفاية).

فلذلك إذا كان بدل الصلح مجهولاً أو كان غير مقدور التسليم كالحيوان الآبق والسمك الذي في البحر والطير الطائر أو كان تسليمه مضراً كعمود البيت وكم الثوب فلا يصح (تكملة رد المحتار).

وكذلك إذا كان المصالح عنه محتاجاً للتسليم والتسلم وكان مجهولاً فلا يصح الصلح. مثلاً لو ادعى المدعي حقاً من دار ولم يبين ما هو ولم يسلمه للمدعى عليه وتصالح المدعي والمدعى عليه على أن يؤدي المدعي كذا درهماً بدل صلح وأن يعطي المدعي ذلك الحق للمدعى عليه فلا يصح (الخانية)

كيفية العلم - إن كيفية علم المصالح عليه والمصالح عنه توضح على الوجه الآتي:

إذا كان المصالح عليه موجوداً في المجلس يعلم بالإشارة إليه ولا يشترط في هذه الصورة بيان مقداره ووصفه فإذا كان بدل الصلح غير النقد فالعقد يتعلق بالمشار اليه.

مثلاً. لو حصل صلح عن دعوى دار بصبرة حنطة موجودة فالصلح صحيح ولو لم يكن معلوماً مقدار تلك الصبرة ويأخذها المصالح لتعلق العقد بها وليس له صلاحية إعطاء ذلك المقدار من مثلها (البزازية).

أما إذا كان المصالح عليه غير حاضر في مجلس الصلح ففي ذلك خمسة أوجه من جهة البدل:

الوجه الأول - يكون بدل الصلح أما ذهب أو فضة فإذا كان المصالح عليه من النقدين فتكفي الإشارة إليه ولا يلزم بيان مقداره ولا يتعلق العقد بالمشار إليه أنظر المادة (٢٤٣) وشرحها وإذا لم يكن حاضراً في المجلس فيلزم بيان جنسه بقوله: ذهب ومقداره بقوله: كذا مبلغاً ولا يلزم بيان الأجل فإذا بين الأجل لزمه (البزازية) ولا يلزم بيان وصف النقدين لأن معاملات الناس به تغني عن البيان والوصف ويصرف إلى النقد. يعني إذا عقد الصلح بدون وصف البدل أي بدون أن يذكر نوع الذهب بل عين البدل بكذا ذهباً يصرف إلى الذهب المتداول في تلك البلدة والحكم في الفضة على هذا الوجه. أما إذا كان متداولاً في تلك البلدة ذهب متنوع يصرف إلى الذهب الأكثر رواجاً في تلك المدينة (عبد الحليم وتكملة رد المحتار).

أما إذا كان المصالح عليه والمصالح عنه غير محتاج للقبض والتسليم فلا يشترط معلوميته لأنه في تلك الحالة تسقط المجهولية ولا يكون ذلك مضراً (أبو السعود وتكملة رد المحتار).

الوجه الثاني - أن يكون بدل الصلح. مكيلا أو موزوناً لا يحتاج الحمل والمؤونة ففي هذه الصورة يلزم بيان مقداره وصفته. لأن هذه تكون أعلا أو أدنى أو وسطا فلذلك يقتضي بيانه.

الوجه الثالث - يكون بدل الصلح مكيلا أو موزوناً محتاجاً للحمل والمؤونة فيلزم بيان مقداره

وصفته ومكان تسليمه عند الإمام الأعظم ويتعلق العقد بالمسمى.

الوجه الرابع ـ يكون بدل الصلح ثوباً ففي هذه الصورة يجب بيان الذراع والصفة والأجل إذ الثوب لا يكون ديناً إلا في السلم وهو عرفاً مؤجل.

الوجه الخامس ـ يكون بدل الصلح حيواناً ففي هذه الصورة يجب أن يكون الحيوان معلوماً إذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصلح ديناً (جامع الفصولين والبزازية ورد المحتار).

وجوه الصلح الأربعة ـ الخلاصة، يكون الصلح على أربعة أوجه.

«الأول» معلوم من معلوم «الثاني» معلوم من مجهول «الثالث» مجهول من معلوم «الرابع» مجهول من مجهول، فالوجهان الأولان صحيحان والوجهان الآخران فاسدان. (مجمع الأنهر).

مثلاً لو ادعى أحد من الدار التي هي في يد الآخر حقاً وادعى هذا من الحديقة التي هي في يد ذلك حقاً وتصالحا على أن يترك كلاهما دعويهما من دون أن يعينا مدعاهما يصح الصلح. لأنه في هذه الصورة قد اسقط المصالح عنه والمصالح عليه كما أن الجهالة الساقطة لا تؤدي إلى النزاع فهو غير محتاج أيضاً للقبض والتسليم. كذلك لو كان لأحد عند آخر مطلوب غير معين من الدنانير وتصالحا على عرض معين صح الصلح لأن الثمن وأن كان مجهولاً إلا أنه لما كان غير محتاج للتسليم فلا يمنع الجواز (الخانية).

قد بين في المادة (١٦١٩) بأنه يشترط أن يكون المدعى به معلوماً في الدعوى وأنه لا تصح الدعوى إذا كان مجهولاً إلا أنه فهم من المثال المار ذكره ومن المثال الآتي بأن الصلح عن الدعوى الفاسدة الوصف صحيح. أما الصلح عن الدعوى الباطلة فغير صحيح أنظر شرح المادة (١٥٣١).

كذلك لو ادعى أحد من الدار التي في يد الآخر حقاً وصالحه على بدل معلوم ليترك الدعوى يصح لأن المصالح عنه المجهول لا يحتاج إلى القبض والتسليم أما المصالح عليه المحتاج إلى القبض والتسليم فهو معلوم في هذا المثال.

ولكن لو تصالحا على أن يعطي المدعي المدعى عليه بدلاً وأن يسلم هذا حقه لا يصح الصلح. أي إذا لم يعين ذلك الحق ببدل أو مال أو كذا درهماً. لأنه في هذه الحالة أصبح المصالح عليه والمصالح عنه مجهولين حيث أن كليهما محتاج للقبض والتسليم. وكذلك لو ادعى أحد على آخر بحق من دار في يد الآخر وقبل أن يعين مدعاه تصالح مع المدعى عليه على أن يسلمه المدعى عليه بدلاً غير معلوم وأن يترك هو دعواه فلا يصح الصلح. لأنه وأن كان المصالح عنه لا يحتاج للقبض والتسليم إلا أن المصالح عليه يحتاج لهما فجهالته تفسد الصلح.

كذلك لو ادعى أحد بالنخيل الذي في يد الآخر وانكر المدعى عليه وتصالح مع المدعي على أن يعطيه الثمر الذي سيثمره النخيل في تلك السنة فلا يصح الصلح لأن المصالح عليه معدوم ومجهول (الخانية).

الباب الثالث

في حق المصالح عنه ويشتمل على فصلين

الفصل الأول

أنواع المصالح عنة: المصالح عنه على أربعة أنواع:

النوع الأول: دعوى المال. انظر المادة الآتية وما يعقبها من المواد، أن الصلح يكون بعضاً بيعاً وبعضاً إجارة وأخرى افتداء لليمين وقطعاً للخصومة فعليه إذا حصل الصلح على مال عن إقرار يكون الصلح في حق الطرفين، أي المدعي والمدعى عليه، بيعاً وإذا وقع عن إنكار أو سكوت يكون في حق المدعي بمعنى البيع وفي حق المدعى عليه افتداء لليمين وقطعاً للخصومة وإذا وقع على منافع كان إجارة (الزيلعي) وسيوضح ذلك في المواد الآتية:

النوع الثاني: دعوى المنفعة. فكما يجوز أخذ العوض مقابل تمليك المنافع بطريق الإجارة يجوز تمليكها أيضاً بالصلح (الكفاية).

مثلاً: لو ادعى أحد على ورثة المتوفي بأن المتوفي أوصى له بالسكنى في بيته الفلاني وتصالح مع الوارث عن تلك الدعوى عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت على الإنتفاع بالغرس أو الحديقة الفلانية مدة سنة صح الصلح إلا أنه يجب أن تكون المنفعة المصالح عنها مختلفة الجنس عن المنفعة المصالح عليها كما هو الحال في المثال المار ذكره.

أما إذا كانت المنفعة متحدة الجنس فلا يصح الصلح انظر شرح المادة (١٤٦٣) (مجمع الأنهر).

كذلك إذا أنكر المؤجر الإجارة أو أنكر مقدار المدة أو الأجرة وتصالح مع المستأجر صح الصلح (البحر).

النوع الثالث: دعوى الشرب أو حق الشفعة أو حق المرور وما أشبه ذلك. انظر المادة ١٥٥٥) فيجوز الصلح عن النفس في هذه الدعاوى الثلاث. يعني أن الصلح عن نفس المال ونفس المنفعة ونفس حق الشرب ونفس حق المرور صحيح انظر شرح المادة (١٥٥٥).

النوع الرابع: دعوى الجناية كالقتل. يجوز أن تكون دعوى الجناية في النفس مصالحاً عنها كما أنه يجوز أن تكون دعوى الجناية فيما دون النفس مصالحاً عنها أيضاً كشج النفس وقطع العضو سواء أكان عمداً أم خطأ (مجمع الأنهر والكفوي والبحر والزيلعي).

مثلاً يصح الصلح عن القصاص سواء كان بدل الصلح زائداً عن الدية أو ناقصاً عنها إلا أنه إذا كان ولي القصاص صغيراً وتصالح الولي أو الوصي مع القاتل على بدل أنقص من الدية فلا يصح فلذلك أذا بلغ الصغير فله أن يطالبه بتمام الدية ما لم يثبت القتل ويكون معلوماً بأن المدعى عليه سيحلف اليمين ففي تلك الصورة يصح صلح الولي أو الوصي على بدل أنقص من الدية والمجنون والمعتوه كالصغير في هذا الحكم (معيار العدالة).

المادة (١٥٤٨) - (إن وقع الصلح عن الإقرار على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط. كذلك تجري دعوى الشفعة أيضاً إن كان المصالح عليه أو المصالح عنه عقاراً ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يسترد هذا المقدار من بدل الصلح كلا أو بعضاً ولو استحق بدل الصلح كله أو بعضه يطلب المدعي من المدعى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلا أو بعضاً. مثلاً لو ادعى أحد على آخر دارا وتصالح على أن يعطيه كذا دراهم مع أن المدعى عليه أقر بكون الدار له يكون كأن المدعي باع تلك الدار للمدعى عليه وتجري في هذا أحكام البيع على ما ذكر آنفاً).

إن وقع الصلح عن الإقرار على مال معين عن دعوى مال معين، ويفهم من ذكر المال على الإطلاق هنا أن ذلك المال أعم سواء كان مثلياً أو قيمياً، فهو في حكم البيع سواء كان المصالح عليه قيمياً أو كان مثلياً من غير جنس المدعى به وتجري فيه أحكام البيع. لأن هذا الصلح يتضمن معنى البيع الذي هو مبادلة مال بمال (مجمع الأنهر وتكملة رد المحتار) فكذلك الصلح الآتي ذكره هو في حكم البيع.

أولاً: إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه عيناً وكان كلاهما قيمياً أو كان أحدهما قيمياً والآخر مثلياً ووقع الصلح عن إقرار كان الصلح صحيحاً وفي حكم البيع.

ثانياً: إذا كان كلا المصالح عنه والمصالح عليه مثلياً مختلف الجنس وقبض بدل الصلح في مجلس الصلح كان الصلح صحيحاً وفي حكم البيع أما إذا وقع الصلح عن إقرار على جنس المدعى به ففي ذلك ثلاث صور:

الصورة الأولى: إذا كان الصلح على أقل كان حطا وإبراء انظر المادة (١٥٥٢).

الصورة الثانية: إذا وقع الصلح على عين المقدار كان قبضاً واستيفاء كأن يصالح أحد آخر له في ذمته عشرة دنانير على عشرة دنانير.

الصورة الثالثة: الصلح بأكثر كأن يحصل الصلح على دين بعشرة دنانير بإثني عشر ديناراً

فهذا الصلح ربا وغير جائز (البحر وعبد الحليم ورد المحتار).

ويتفرع عن أن الصلح في حكم البيع عشر مسائل:

المسألة الأولى: إذا حصل الصلح عن دعوى دار على كذا درهماً مؤجلة إلى وقت غير معين كوقت نزول المطر فلا يصح انظر المادة (٢٤٨).

المسألة الثانية: إذا كان المصالح عليه مجهولاً فسد الصلح انظر المادة (٢٣٨) مجمع الأنهر).

المسألة الثالثة: الصلح عن ألف درهم ثمن مبيع على مكيل أو موزون غير معين ثابت في الذمة لا يصح لأن المبيع يكون معدوماً وإن نقد في المجلس أو ذكرت شرائط السلم. لأن رأس المال دين (البزازية).

المسألة الرابعة: إذا تصالح المدعي عن دعوى ألف درهم مؤجلة عن إقرار على مال وظهر بعد الصلح في ذلك المال عيب وفسخ المدعي العقد بخيار العيب عاد الأجل. أما إذا أقيل البيع فلا يعود الأجل ويصبح الدين معجلاً. كذلك في حالة الرد بخيار العيب إذا كان للمدين كفيل أو رهن ترجع الكفالة والرهينة انظر شرح المادة (٢٤٨) (البزازية).

المسألة الخامسة: كما يجري في البيع خيار العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط كذلك تجري في كلا المصالح عنه والمصالح عليه دعوى الشفعة وإذا كان المصالح عليه أو المصالح عنه عقاراً وفي أحدهما فقط إذا كان أحدهما عقاراً وسيوضح ذلك حسب ما يأتي:

خيار العيب: إذا وجد المدعي عيباً قديماً في بدل الصلح فله رده سواء كان العيب يسيراً أو فاحشاً انظر المادة (الـ ٣٣٧) ويرجع في الدعوى إن كان رده بحكم أو بغير حكم ولو وجد بما وقع عليه الصلح عيباً فلم يقدر على رده لأجل الهلاك أو لأجل الزيادة أو لأجل النقصان في يد المدعي فإنه يرجع على المدعى عليه بحصة العيب فإن كان الصلح عن إقرار رجع بحصة العيب على المدعى عليه في المدعى به وإن كان عن إنكار رجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه أقام بينة أو حلفه ونكل استحق حصة العيب منه وإن حلف فلا شيء عليه (التكملة).

وكذلك إذا ظهر بدل الصلح النقد زيوفاً للمدعي أن يرده ويطلب جيده حتى ولو كان نظره حين القبض.

مثلاً: إذا رؤي أن الدنانير التي أعطاها المدعى عليه بدلاً للصلح مزيفة فقال للمدعي: خذها واصرفها وإذا لم تستطع صرفها ردها إلي فأخذها المدعي ولم يستطع صرفها فله ردها للمدعى عليه مع كونه إذا قال البائع للمشتري بع المبيع فإذا لم يشتره منك أحد رده إليَّ بخيار العيب فاعرضه المشتري للبيع ولم يشتره أحد فأراد رده للبائع فللبائع أن لا يقبله. ووجه الفرق في الصورتين هو أن النقود التي قبضها الدائن في الصورة الأولى لم تكن عن حقه بل هي مثل حقه

وحيث لا تكون حقه ما لم يرض بها فلذلك يعد القابض متصرفاً في ملك البائع بأمره فلا يبطل حق القابض أما المقبوض في البيع فهو عين حق القابض إلا أنه معيب وقول البائع له بعه لم يكن أمراً بالتصرف في ملك البائع بل يكون المشتري قد تصرف في مال نفسه وأبطل حق رده (ا لخانية وتكملة رد المحتار).

خيار الرؤية: إذا لم ير المصالح بدل الصلح وقت العقد فيكون مخيراً عند رؤيته، أنظر المادة (٣٢٠). كذلك يرد المصالح عنه الذي لم ير الرؤية (تكملة رد المحتار).

خيار الشرط - إذا تصالح المتصالحان على أن يكون كلاهما أو أحدهما مخيراً كذا يوماً صح الصلح انظر المادة (٣٠٠) فلذلك إذا رد الصلح بسبب أحد هذه الخيارات الثلاثة وفسخ انفسخ الصلح (عبد الحليم).

الشفعة: إذا ادعى أحد الدار التي في يد آخر فأقر المدعى عليه أن الدار المذكورة ملك للمدعي وصالحه على دار أخرى فتجري الشفعة في المصالح عنه فقط انظر المادة (١٠١٧).

وإذا لم يكن بدل الصلح مائتي درهم وكان قيمياً كفرس معلومة فللشفيع أن يعطي قيمة ذلك المال ويأخذ المشفوع (تكملة رد المحتار).

وقد جاء في رد المحتار (ويلزم الشفيع مثل بدل الآخر لو كان مثلياً أو قيمته لو كان قيمياً (رد المحتار).

المسألة السادسة: إذا كان بدل الصلح محتاجاً للتسليم فيشترط أن يكون مقدور التسليم وأن لا يكون في تسليمه ضرر انظر المادة (١٩٨) وشرح المادة (١٥٤٧) (الهداية والكفاية). فلذا لا يصح الصلح على طير في الهواء وسمكة في البحر (التكملة) أما إذا لم يكن محتاجاً للتسليم فلا يشترط ذلك.

فلا يصح الصلح على جذعة في السقف وذراع من ثوب تضره القسمة لأنه لا يقدر على تسليمه بدون ضرر (التكملة).

المسألة السابعة: إذا كان بدل الصلح عيناً فيجب أن لا يؤجل انظر شرح المادة (٢٤٥) ولذلك إذا تصولح على فرس معين مؤجلة إلى شهر فلا يصح (البزازية وعبد الحليم).

المسألة الثامنة: ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه بعد أن ترك المدعى به في يد المدعى عليه فللمدعي أن يسترد هذا المقدار من بدل الصلح كلا في حالة ضبط المصالح عليه كلا وبعضاً في حالة ضبط المصالح عليه بعضاً لأن كلا منهما عوض للآخر. مثلاً لو ادعى أحد الدار التي تحت يد آخر بأنها ملكه وصالح الآخر المدعي عن إقرار بعشرة دنانير وبعد الصلح ضبطت كل الدار بالاستحقاق فللمصالح المذكور أن يسترد العشرة دنانير أما إذا ضبط نصفها بالاستحقاق فله أن يسترد خمسة دنانير فقط (مجمع الأنهر وأبو السعود)[1].

(١) أما لو استحقت عشرة دنانير أو نصفها من الذي أخذها فإنه يرجع في الصورة الأولى بعشرة دنانير أو نصفها لأن =

لكن إذا كان الصلح على أن يأخذ المدعي المدعى به وأن يعطي للمدعى عليه شيئاً وضبط المدعى به بالاستحقاق من يد المدعي فليس للمدعي الرجوع على المدعى عليه بشيء ما. لأنه أخذه على أنه ملكه زعماً فيؤاخذ به ولا يرجع بالشيء الذي دفعه لرفع النزع (رد المحتار).

وإذا لم يكن بدل الصلح نقوداً أو ديناً أو استحق بدل الصلح العين كله أو بعضه ولم يجز المستحق أو تلف بدل الصلح كله أو بعضه قبل التسليم يطلب المدعي من المدعى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلا في حالة ضبط كله وبعضاً في حالة ضبط بعضه (مجمع الأنهر)[٢].

أما إذا كان بدل الصلح دراهم أو دنانير وكان من جنس المدعى به فاستحقاق ذلك البدل لا يوجب نقض الصلح بل أن للمدعي أن يأخذ مثله من المدعى عليه كما أنه أذا هلك هذا البدل قبل التسليم فلا يوجب ذلك نقض الصلح. لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود وفي فسوخ العقود لأن العقد ثابت في الذمة ولا يتصور استحقاق شيء ثابت في الذمة أو هلاكه إذ أن ذلك غير ممكن. فقول المجلة وما استحق من البدل محمول على ما إذا أمكن استحقاقه وهو ما يتعين بالتعيين أما ما لا يتعين فلا يمكن استحقاقه لأن الصلح ينعقد على جنسه وقدره لا على عينه. وكذلك إذا أجاز المستحق الصلح يبقى الصلح صحيحا ويكون العوض للمدعي وللمستحق أن يرجع على المدعى عليه ببدل العوض (تكملة رد المحتار).

فعليه لو تصولح على دار صلحا عن إقرار بخمسين ديناراً وبعد أن سلمت الخمسون ديناراً للمدعي استحقت من يد المدعي فللمدعي أن يأخذ من المدعى عليه خمسين ديناراً ولا ينتقض الصلح (عبد الحليم).

أما لو وقع الصلح عن كذا ريالاً بكذا دنانير وقبض المدعي الدنانير وافترق الطرفان ثم استحقت الدنانير فيبطل الصلح (الخانية).

هل يحق للمدعى عليه أن يرجع على المدعي بشيء من بدل الصلح فيما إذا ادعى أحد على آخر بنصف الدار التي تحت يده وتصالح معه على أن يؤدي له كذا ديناراً وبعد أن سلمه بدل الصلح استحق نصف الدار؟ ينظر:

إن المدعى إما أنه يدعي بنصف الدار الشائع أو بنصفها المعين فإذا ادعى بنصفها الشائع ففي ذلك ثلاثة أوجه:

(١) أن يكون المدعي قد قال: إن نصف الدار لي والنصف الآخر للمدعى عليه (٢) أو أن يقول:إن نصفها لغير المدعى عليه (٣) أو أن يقول: إنه لا يعرف لمن نصف الدار الآخر فلذلك إذا قال المدعي أن نصف الدار لي والنصف الآخر للمدعى عليه فله الرجوع بنصف بدل الصلح على المدعي. لأنه لو استحقت كل الدار رجع بكل البدل فإذا استحق النصف يرجع بنصف البدل وأما

هذا الصلح بمعنى المعاوضة ومقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن إن مثلياً رجع بمثله وإن قيمياً فبقيمته ولا يفسد العقد فالصلح يجري على هذا (رد المحتار).

(٢) وللمدعي أن يرد الباقي ويرجع بكل المدعى به كما لو استحق بكل العوض.

إذا قال المدعي: نصف الدار لي والنصف الآخر لا أعرفه لمن أو اكتفى بقوله نصف الدار لي وسكت عن بيان الباقي واستحق نصف الدار الشائع فليس للمدعى عليه أن يرجع على المدعي بشيء من بدل الصلح لأنه ما أقر بالنصف الآخر للمدعى عليه فلا يرجع بشيء كما لو ادعى حقاً في دار وصالحه المدعى عليه ثم استحق شيء من الدار فإن المدعى عليه لا يرجع على المدعي بشيء. كذلك لو قال المدعي: أن نصف الدار لي والنصف الآخر لشخص آخر غير المدعى عليه فليس للمدعى عليه الرجوع على المدعي بشيء. لأن قوله النصف الآخر لفلان باطل. لأنه إقرار بما في يد الغير فلا يصح إقراره فيصير كأنه قال: النصف لي وسكت. أما إذا ادعى المدعي نصفاً معيناً من الدار وعقد الصلح مع المدعى عليه واستحق النصف الذي ادعاه المدعي فللمدعى عليه الرجوع على المدعي بجميع البدل. أما لو استحق النصف الآخر فليس له الرجوع بشيء وفي هذه الصورة لو استحق نصف الدار الشائع فللمدعي عليه الرجوع على المدعي بنصف البدل اعتباراً للبعض بالكل (الخانية).

المسألة التاسعة: لو كان بدل الصلح عرصة وبعد أن أنشأ المدعي فيها أبنية ظهر مستحق لها وادعى بأن العرصة المذكورة ملكه وأقام بينة وأثبت دعواه أو أن كلف المدعي الذي قبض تلك العرصة بدل صلح بحلف اليمين فنكل عن الحلف فأخذ المستحق العرصة منه فللمدعي أن يضمن المدعى عليه قيمة بنائه لتحقق التقرير انظر المادة (٦٥٧).

مثلاً لو ادعى أحد على آخر داراً فاقر المدعى عليه أن الدار للمدعى وتصالح على أن يعطيه كذا دراهم أو حانوتاً فيكون كأن المدعى باع تلك الدار للمدعي عليه والمدعي عليه باع ذلك الحانوت للمدعي وتجري في هذا أحكام البيع كخيار العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط والشفعة والرجوع عن الاستحقاق وخيار الغرور وغيرها من أحكام البيع. لأن كلا المصالح عنه وبدل الصلح عوض للآخر فأيها استحق يتحقق حق الرجوع به فإذا استحق كله ثبت حق الرجوع بالكل وإذا استحق بعضه ثبت حق الرجوع بالبعض إذ إن حكم المعاوضة هو على هذا الوجه (الدرر).

قد ذكر بعض المسائل المتعلقة بالاستحقاق في شرح المادتين (٦١٦ و٦٣٨). ودعوى المال المذكورة في هذه المادة تشمل الوديعة والعارية وحيث إن الصلح في ذلك يحتاج للتفصيل فيفصل كما يأتي:

إن صلح المستودع يكون على خمسة أوجه:

الوجه الأول: أن تكون الوديعة قائمة بعينها كأن تكون عشرين ريالاً فيقع الصلح على عشرة ريالات منها، فإذا كان المستودع في هذا الصلح منكراً للوديعة جاز الصلح قضاء. لأن الصلح يبنى جوازه على زعم المدعي وفي زعمه أنه صار غاصباً بالجحود فيجوز الصلح معه ولا يجوز هذا الصلح ديانة لأن فيه فضلاً وأصبح رباً.

وإذا كان المستودع مقراً أو كان منكراً فأقام المودع البينة فالصلح غير جائز. أما إذا لم يقم

المودع البينة فجائز لأنه قطع خصومة. أما إذا تصولح على عشرين ريالاً بعرض كالثوب مثلاً. فهذا الصلح جائز على الإطلاق.

الوجه الثاني: أن يحصل الصلح عن وديعة عشرين ريالاً بثلاثة لو خمسة دنانير فإذا وقع هذا الصلح عن إنكار وقبض بدل الصلح في مجلس الصلح صح سواء أكانت الريالات المودعة حاضرة في مجلس الصلح أم لم تكن حاضرة. وإذا كان الصلح عن إقرار ينظر. فإذا كانت الريالات المودعة حاضرة في مجلس الصلح، وجدد المستودع بعد الصلح قبضه فيه في تلك الوديعة وقبض المستودع أيضاً الدنانير في المجلس المذكور صح الصلح أما إذا لم يجدد القبض أو كانت الوديعة غير حاضرة مجلس الصلح فالصلح باطل.

الوجه الثالث: أن يقع الصلح على مال بين المستودع والمودع بعد أن يدعي المستودع بأنه رد الوديعة أو أن يدعي هلاكها فيجوز الصلح.

الوجه الرابع: إذا ادعى المودع الإيداع والإتلاف وادعى المستودع الرد أو الهلاك أو ادعى المستودع أولاً الرد أو الهلاك وادعى المودع الإتلاف وتصالحا بعد ذلك فالصلح غير صحيح عند الأمام الأعظم والامام أبي يوسف. لأن البراءة تثبت بقول المودع. رددت الوديعة ولا يبطل هذا الثبوت ادعاء المالك الإتلاف إلّا أن هذا الصلح جائز عند الإمام محمد وعند أبي يوسف في قوله الثاني. وجاز صلح الأجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد. أما إذا حصل الصلح بعد أن ادعى المستودع التلف بلا تعد أو ادعى الرد وبعد حلفه اليمين حسب المادة (١٧٧٤) فالصلح باطل بالاتفاق. وفي الخانية لو رهن متاعاً بمائة درهم وكانت قيمة الرهن مايتي درهم ثم قال المرتهن هلك الرهن وقال الراهن لم يهلك فتصالحا على أن يرد المرتهن عليه خمسين درهماً وابرأه عن الباقي كان باطلاً في قول أبي يوسف. لأن هذا صلح عن الزيادة على الدين والزيادة عليه أمانة فيكون بمنزلة المودع إذا ادعى هلاك الوديعة وأنكر صاحبها فتصالحا على شيء كان باطلاً وكذا الجواب إذا ادعى المرتهن رد الرهن على الراهن وأنكر الراهن ولو أن الراهن ادعى عليه الاستهلاك فلم يقر المرتهن ولم ينكر وتصالحا على شيء جاز الصلح.

الوجه الخامس: إذا ادعى المستودع الرد أو الهلاك وسكت المودع ولم يقل شيئاً وصالح بعد ذلك فالصلح غير صحيح عند أبي يوسف وصحيح عند الإمام محمد(البزازية)[1]

مستثنى: يستثنى عن حكم بأن الصلح عن إقرار هو في حكم البيع المسألة الآتية وهي:

إذا ادعى المدعي ديناً ألف درهم، وبعد أن أقر المدعى عليه صالح المدعي على فرس ثم تصادق المدعي والمدعى عليه على عدم وجود الدين بطل الصلح ولزم المدعي إعادة الفرس للمدعى عليه كما لزم أن يعيد الدائن الدين الذي قبضه إذا تصادق الدائن والمدين على عدم وجود

(١) ولو أنكر المالك أن يكون المودع قال هذه المقالة قبل الصلح صح الصلح وإذا قال المودع قلتها لم يصح عند الإمام وعند الثاني فالقول للمالك وإن برهن على مقالته يقبل ويبطل الصلح (البزازية).

الدين بعد أن استوفى الدائن الدين من المدين والحال لو اشترى الدائن من المدين مالاً مقابل دينه وتصادق البائع والمشتري بعد الشراء على عدم وجود الدين فلا يبطل الشراء (البحر في أول الصلح).

المادة (١٥٤٩): (إن وقع الصلح عن الإقرار على المنفعة في دعوى المال فهو في حكم الإجارة. مثلاً لو صالح أحد آخر عن دعوى حديقة على أن يسكن مدة كذا في داره يكون قد استأجر تلك الدار في مقابلة الحديقة تلك المدة).

يكون الصلح في ثلاث صور في حكم الإجارة:

أولاً: إن وقع الصلح عن الإقرار على المنفعة في دعوى المال.

ثانياً: الصلح بمال عن دعوى المنفعة.

ثالثاً: الصلح عن إقرار عن دعوى المنفعة على منفعة من جنس آخر، فالصلح إذا وقع في هذه الصور الثلاث فهو في حكم الإجارة وتجري في ذلك أحكام الإجارة. لأنه من الواجب حمل الصلح إلى أقرب العقود إليه حيث حسب المادة (٣) العبرة للمعاني فلذلك اقتضى حمل ذلك الصلح على الإجارة (العيني وتكملة رد المحتار ومجمع الأنهر).

فلذلك كل منفعة تكون معقودة عليها في الإجارة تصح أن تكون بدل صلح كما أن كل منفعة لا يجوز أن تكون معقودة عليها في الإجارة لا يصح اتخاذها بدل صلح في عقد الصلح (الكفاية بتغيير ما)

ويتفرع عن هذه المادة المسائل الآتية:

المسألة الأولى: يشترط أن تكون المنفعة معلومة بوجه مانع للنزاع أنظر المادة (٤٥١) فيشترط فيها التوقيت فيما يحتاج إليه كخدمة الأجير وسكنى الدار بخلاف صبغ الثوب وركوب الدابة وحمل الطعام والشرط فيه بيان تلك المنفعة (البحر).

مثلاً لو ادعى أحد على آخر بشيء وبعد أن أقر المدعى عليه تصالح مع المدعي على أن يسكن في داره يجب بيان مدة السكنى وتوقيتها كسنة مثلاً.

المسألة الثانية: إذا تصولح عن دعوى دار عن إقرار على السكنى في غرفة منها أبداً أو إلى وقت وفاته لا يصح، لأنه يجب التوقيت (تكملة رد المحتار).

المسألة الثالثة: يبطل الصلح بالضرورة بهلاك محل المنفعة قبل استيفاء المنفعة انظر المادة (٤٧٨) سواء كان تلف محل المنفعة بنفسه أو بإتلاف شخص آخر له فلذلك إذا حصل هلاك المذكور قبل استيفاء المنفعة فللمدعي أن يرجع إلى دعواه. وإذا حصل الهلاك بعد استيفاء بعض المنفعة وقبل استيفاء بعضها الآخر فتبطل الدعوى بمقدار المنفعة المستوفاة.

مثلاً إذا حصل الصلح على ركب الدابة أو سكنى الدار مدة كذا. فإذا تلفت الدابة أو

احترقت الدار فالحكم على المنوال المشروح (التكملة).

المسألة الرابعة: إذا توفي المدعي أو المدعى عليه قبل استيفاء المنفعة ينفسخ الصلح عند الإمام محمد. لأن هذا الصلح في منزلة الإجارة فكما تنفسخ الإجارة بموت المؤجر أو المستأجر قبل استيفاء المنفعة ينفسخ هذا الصلح أيضاً. انظر شرح المادة (٤٤٣) وللمصالح عنه أن يدعي بمقدارها (الدرر والشرنبلالي) وقول محمد هو القياس. لأنه إجارة وهي تبطل بواحد من هذه الأشياء (مجمع الأنهر والزيلعي).

أما عند الإمام أبي يوسف فلا يبطل الصلح بوفاة المدعى عليه ويستو في المدعي المنفعة، أما إذا توفي المدعي، فإذا كان الصلح على سكنى دار من المنافع التي لا تختلف باختلاف المستعملين فلا يبطل ويقوم الوارث مقام مورثه ويستوفي المنفعة وإذا كان الصلح وقع على منفعة تختلف باختلاف المستعملين كركوب الدابة ولبس الثوب يبطل الصلح (الكفاية ومجمع الأنهر).

المسألة الخامسة : إذا حصل الصلح عن الدعوى على نقل الحمل الفلاني أو على ركب الدابة فيجب بيان نقل الحمل من أين وإلى أين وبيان الشخص الذي سيركب الدابة ومحل ذهابه. انظر المادة (٤٥٣).

المسألة السادسة : إذا حصل الصلح عن الدعوى على صبغ ثوب فيجب إراءة الثوب للصباغ أو بيان غلظته ورقته وبيان لونه. انظر المادة (٤٥٥) (عبد الحليم والشرنبلالي).

المسألة السابعة : إذا حصل عن دعوى منفعة على منفعة من مثلها فهو غير جائز عند بعض الفقهاء انظر المادة (٤٦٣) وشرحها ويجوز هذا الصلح عند البعض الآخر. (تكملة رد المحتار وعبد الحليم والدر المنتقى).

المسألة الثامنة: لو صالح أحد آخر عن دعوى حديقة أو عن دعوى ألف درهم على أن يسكن مدة كذا في دار المدعى عليه صح الصلح ويكون قد استأجر تلك الدار في مقابلة الحديقة أو الألف درهم تلك المدة.

ويفهم من هذا المثال بأن اعتبار هذا الصلح إجارة هو في حال وقوعه على خلاف المدعى به، أما لو وقع الصلح عن دعوى دار على السكنى مدة شهر في تلك الدار يكون ذلك الصلح واقعاً على استيفاء بعض الحق ويصح إيجاره للمدعى عليه (أبو السعود عن البحر).

كذلك لو ادعى أحد بدار وتصالح المدعي والمدعى عليه على أن يسكن المدعي قاعة من تلك الدار مدة سنة صح الصلح (التكملة).

المسألة التاسعة : إذا ادعى المدعي داراً وتصالح معه المدعى عليه على أن يرد له الدار المدعى بها بعد أن يسكنها مدة سنة صح الصلح كما أنه يصح الصلح أيضاً على أن يسكن المدعي في الدار مدة سنة ويعيدها بعد ذلك للمدعى عليه (البزازية).

المسألة العاشرة : لو ادعى أحد فرساً وتصالح عن دعواه على أن يركب تلك الفرس مدة شهر صح الصلح . أما لو تصالح على أن يستغل الفرس مدة شهر فلا يصح . وكذا في النخل وعلى غلة الدار وثمرة النخل لا يجوز.

المسألة الحادية عشرة : لو ادعى أحد على وارث المتوفي بأن المتوفي قد أوصى له بسكنى داره الفلانية مدة سنة وتصالح الوارث عن إقرار على حانوت أو على زراعة أرض مدة سنة فيكون المدعي قد استأجر الدار المذكورة مقابل الحانوت أو مقابل زراعة الأرض وتجري فيهما أحكام الإجارة[١].

المادة (١٥٥٠) - (الصلح عن الأنكار أو السكوت هو في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة، فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه. ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرد المدعي للمدعى عليه هذا المقدار من بدل الصلح كلا أو بعضاً ويباشر المخاصمة بالمستحق ويستحق بدل الصلح كلا أو بعضاً ويرجع المدعي بذلك المقدار إلى دعواه).

الصلح عن الأنكار أو السكوت هو في حق المدعي معاوضة وبعبارة أخرى أن المال الذي اخذه المدعي هو عين حقه أو بدله ولذلك فبدل الصلح حلال له (الزيلعي).

لأن المدعي محق بزعمه في دعواه فالشيء الذي يأخذه عوض عن ماله. أما إذا كان المدعي كاذباً في دعواه فلا يحل له بدل الصلح ديانة. أنظر المادة (٩٧) (عبد الحليم ومجمع الأنهر)[٢]

وفي حق المدعى عليه ليس بمعاوضة بل خلاص من اليمين وقطع للمنازعة. لان في زعم المدعى عليه المنكر أن المدعي غير محق ومبطل في دعواه وأن اعطاءه العوض له هو للخلاص من اليمين حيث لو لم يعط العوض لبقي النزاع ولزمه اليمين. أن هذه العلة ظاهرة في الأنكار، أما السكوت فبما أنه يحمل على الأقرار وعلى الأنكار معاً إلّا أنه حسب المادة الثامنة من المجلة (الأصل فراغ الذمة) فترجح جهة الأنكار (الشرنبلالي) فلذلك لا يتوجب بالشك على المدعى عليه شيء ولا يثبت بأن المال الذي في يده عوض للمال الذي أعطاه للمدعي (الزيلعي والتكملة) إلّا أنه يبرأ المدعى عليه قضاءً بذلك من الحق الذي عليه ولا يبرأ ديانة ما لم يبرئه المدعي (البحر). ويرى أن الصلح الذي هو شيء واحد قد اختلف حكمه بالنسبة للشخصين ونظير ذلك في النكاح وموجب ذلك الحل في حق المتناكحين الحرمه في أصولهما (ابو السعود ومجمع الأنهر).

---

(١) الصلح عن دعوى المال مطلقاً والمنفعة جائز كصلح المستأجر مع المؤجر عند إنكاره الإجارة أو مقدار المدة المدعى بها أو الأجرة (مجمع الأنهر).

(٢) فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا نفرقا قبل القبض (التكملة).

سؤال: أن خصومة المدعي بغير حجة غدر وما يأخذه المدعي من المدعى عليه من البدل لكف اليد عن تلك الخصومة وأخذ المال للكف عن الغدر فلذلك يكون هذا الأخذ رشوة وأعطاء المدعى عليه المال بذاك المقصد ارشاء وقد ورد الحديث الشريف «لعن الله الراشي والمرتشي» ولذلك فهو حرام.

الجواب: أن أعطاء المدعى عليه المال هو لدفع الغدر عن نفسه وهو جائز أما ما أخذه المدعي من المال فلا يأخذه من جهة المدعى عليه بل يأخذه اعتياضاً عن حقه فلا يكون ارتشاء في حق المدعي (الكفاية بتغيير ما).

وتتفرع المسائل الآتية عن كون الصلح المذكور معاوضة في حق المدعي.

المسألة الأولى: تجري الشفعة في العقار المصالح عليه. لأن المدعي يأخذ عوض حقه حسب زعمه فيؤاخذ بزعمه ولا يمنع انكار الآخر المعاوضة جريـان شفعة وفي هذا كأن المدعي يقول، اشتريت هذا المال من المدعى عليه والمدعى عليه ينكر ذلك (الكفاية ومجمع الأنهر) أنظر شرح المادة (٩٥٠) فلذلك لو قال احد عن الدار التي تحت يده: انني اخذتها من زيد وانكر زيد ذلك فللشفيع أن يأخذ تلك الدار بالشفعة لأن زعمه حجة عليه (الزيلعي)

إلّا أنه لا تجب الشفعة في العقار المصالح عنه. مثلاً لو ادعى المدعي بعرصة على المدعى عليه وحصل الصلح عن انكار على دار فتجري الشفعة في الدار ولا تجري في العرصة كذلك لو أدعى أحد على آخر في العقار الذي تحت يده وبعد أن أنكر المدعى عليه دعوى المدعي أو بعد أن سكت تصالح مع المدعي على مبلغ معين فلا تجري الشفعة في العقار المذكور. لأن ذلك الشخص بعقده الصلح قد استبقى العقار الذي كان مملوكاً له في ملكه وأن المبلغ الذي دفعه للمدعي بدل صلح لم يكن عوضاً للعقار بل أن ما دفعه من المال كان لافتداء اليمين وقطع الخصومة أي أن المصالح يزعم هذا الزعم. وأن يكن أن المدعي يزعم بأنه اشترى ذلك العقار من المدعى عليه إلّا أنه يؤاخذ الإنسان بزعمه وزعم المدعي هذا لايؤاخذ به المدعى عليه ولكن بما أن الشفيع يقوم مقام المدعي وله حق اقامة البينة على دعوى المدعي فلذلك إذا اثبت مدعاه فله اخذ العقار بالشفعة. لأنه باقامة البينة قد تبين بأن الصلح الواقع كان بمعنى البيع.

كذلك إذا لم يكن لدى الشفيع بينة واستحلف المدعى عليه على أن العقار لم يكن عقار المدعي ونكل عن اليمين فللشفيع اخذ العقار المصالح عنه بالشفعة (الشرنبلالي مجمع الأنهر والكفاية والدرر والزيلعي) أنظر شرح المادة (١٠٢١).

المسألة الثانية: وإذا استحق كل المصالح عنه أو بعضه فيرد المدعي للمدعى عليه ذلك المقدار من بدل الصلح أي كله في الصورة الأولى وبعضه في الصورة الثانية لأن المدعى عليه قد أعطى بدل الصلح للمدعي لأجل دفع خصومة المدعي ولابقاء المدعى به بلا خصومة في يده وقد ظهر باستحقاقه أن ليس من خصومة بين المدعي والمدعى عليه وبذلك لم يحصل مقصود المدعى عليه

وظهر أن بدل الصلح قد أخذ بغير حق فلذلك لزم رده أنظر، المادة (٩٧) (مجمع الأنهر والدرر).

مثلاً: لو ادعى أحد بأن الدار التي تحت يد آخر داره وبعد أن أنكر المدعى عليه أو سكت تصالح مع المدعي على عشرة دنانير وسلم بدل الصلح له وبعد أن بقيت الدنانير في يده والدار في يد الآخر استحق جميع الدار فيرد العشرة دنانير بدل الصلح. أما إذا استحق نصفها فيرد خمسة دنانير نصف بدل الصلح.

وللمدعي أن شاء مخاصمة المستحق أي يدعي عليه بالمصالح عنه. لأنه إذا أخذ المستحق الدار من المدعى عليه يقوم المدعي مقام المدعى عليه ويكون له حق المخاصمة (ابو السعود). إلاّ أنه في المسألة الآتية الذكر لا يجبر المدعي برد بعض بدل الصلح في حالة استحقاق بعض المصالح عنه وهي:

لو ادعى أحد حقاً في دار بدون أن يعين مقداره كنصف الدار أو ربعها وتصالح مع المدعى عليه على بدل معين ثم استحق بعض تلك الدار فليس للمدعى عليه استرداد بعض بدل الصلح. لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي وأن قل فما دام في يده شيء لا يرجع عليه بخلاف ما إذا استحق كلها لأنه تيقن انه اخذ عوض ما لا يملك فيرد (الزيلعي في باب الاستحقاق) واذا لم يكن بدل الصلح نقداً أو ديناً بين كان عيناً واستحق كل المصالح عنه أو بعضه ولم يجز المستحق الصلح أو تلف كل بدل الصلح أو بعضه قبل التسليم في يد المدعى عليه كما هو مذكور في المادة (١٥٦٠) يرجع المدعي على المدعى عليه بهذا المقدار من بدل الصلح إلى دعواه أي كله إذا استحق كله أو بعضه إذا استحق بعضه. لأن المدعي قد ترك دعواه ليبقى بدل الصلح له فاذا لم يبق بدل الصلح سالماً له فله الرجوع إلى دعواه المبدلة. ما لم تكن الدعوى من نوع الدعاوى التي لا ينقض الصلح فيها كالقصاص ففي تلك الحالة يرجع بقيمة المصالح عليه (تكملة رد المحتار).

أما إذا اجاز المستحق الصلح وسلم العين المصالح عليها للمدعي صح الصلح وللمستحق أن يرجع على المدعى عليه بقيمة المصالح عليه إن كان من القيميات (الكفاية).

أما إذا وقع الصلح بلفظ البيع كأن يقول المدعي: قد اشتريت هذا المال مقابل هذه العين وقال الآخر، بعتك وعقد الصلح بينهما على هذا الوجه ثم استحق بدل الصلح فللمدعي الرجوع على المدعى عليه بالمدعى به وليس له الرجوع بالدعوى (ابو السعود والدر المنتقى). لأن اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بأن المدعى به ملك للمدعي فلا يعتبر انكاره بعد ذلك بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه اقرار بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (الزيلعي).

وكذلك إذا كان بدل الصلح لا يتعين بالتعيين كالذهب والفضة واستحق أو هلك قبل التسليم أو ظهر زيوفاً فلا يبطل الصلح سواء وقع الصلح المذكور قبل الاقرار أو بعد الاقرار ولو كان البدل المذكور مشاراً إليه حين العقد ويقتضي اعطاء مثله لأنه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء

ويصبح كأنه لم يحصل الاستيفاء (الدر المنتقى والكفاية) والحكم في البيع على هذا المنوال انظر المادة (٣٤٣) (بخلاف ما إذا كان الصلح من غير الجنس واستحقت بعد الافتراق فأن الصلح يبطل واذا كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس) (البحر بتغيير ما ورد المحتار)

مثلاً لو حصل عن دعوى عشرين ديناراً بعشرة دنانير واستحق بدل الصلح بعد التسليم فيجب أعطاء عشرة دنانير أخرى.

ويتفرع عن كون الصلح المذكور خلاصاً من اليمين في حق المدعى عليه المسائل الآتية:

المسألة الأولى: لو ادعى المدعي بالف درهم وانكر المدعى عليه وتصالح الطرفان على شيء ما فلا تقبل بعد ذلك بينة من المدعى عليه على اداء الدين أو على حصول الإبراء. لأنه بسبب الصلح قد بريء المدعى عليه من الدعوى ولا يمكن عودة الساقط ولكن لو صالح الأب أو الوصي عن مال اليتيم أو عن بعضه عن انكار ثم وجد بينة فإنها تقبل ولو بلغ الصبي فانها تقبل أيضاً ولكن لو طلب يمين المدعى عليه فلا يحلف (الأشباه).

لو ادعى المدعي الف درهم وادعى المدعى عليه القضاء أو الأبراء وأنكر المدعي ذلك ثم حصل الصلح بينهما فاذا اقام المدعى عليه شهوداً على القضاء أو على الابراء فيقبل منه ويجب على المدعي رد بدل الصلح. لأن هذا الصلح فداء لليمين ففي الصورة الأولى يتوجب اليمين على المدعى عليه فيصح فداؤه وصلحه أما في الصورة الثانية فيتوجب اليمين على المدعي فلذلك لا يتصور الفداء من المدعى عليه (البزازية).

المسألة الثانية: إذا ادعى المدعي وأنكر المدعى عليه وحلف اليمين ثم حصل الصلح بعد ذلك بين المدعي والمدعى عليه فالصلح غير صحيح عند بعض الفقهاء. لان اليمين بدل للمدعى به فبحلف المدعى عليه اليمين يكون قد استوفى بدله والصلح بعد ذلك يكون غير صحيح وأن قال بعض الفقهاء بصحة الصلح المذكور (تعليقات ابن عابدين على البحر وتكملة رد المحتار)، كذلك لو ادعى المودع على المستودع بأنه استهلك وديعته ودفع المستودع الدعوى بقوله، رددت الوديعة أو هلكت بلا تعد ولا تقصير وأنكر المدعي هذا الدفع وبعد ان حلف المستودع بالطلب اليمين على رد الوديعة أو على تلفها بلا تعد ولا تقصير أي على عدم وجوب الرد والضمان عليه تصالح المدعي والمدعى عليه فالصلح غير صحيح (رد المحتار بزيادة).

المسألة الثالثة: لو ادعى شخصان على أن الحديقة التي في يد شخص آخر هي ملكهما المشترك وتصالح أحدهما عن انكار فيكون بدل الصلح للمصالح فقط وليس لشريكه اخذ حصة منه لأن الصلح عن أنكار وأن كان في حق المدعي معاوضة فهو في حق المدعى عليه خلاص من اليمين ولم يكن معاوضة من كل الوجوه إلّا أن الشركة لا تثبت بالشبهة (رد المحتار وتكملته).

المسألة الرابعة: لا تجري الشفعة في عقار مصالح عنه كما بين أنفاً.

المادة (١٥٥١) - (لو ادعى أحد مالاً معيناً كحديقة مثلاً وصالح على

مقدار منها وابرأه المدعى عليه عن دعوى باقيها يكون قد اخذ مقداراً من حقه وترك دعوى باقيها أي اسقط حقه في باقيها).

لو ادعى احد مالاً معيناً كحديقة مثلاً وصالح على مقدار منها بأن كانت الحديقة ثلاثمائة ذراع فصالح على مائة ذراع منها فالصلح في ذلك صحيح في صورتين:

الصورة الأولى ـ أن يصالح على هذا الوجه ويبرئ المدعى عليه من دعوى باقيها بقوله للمدعى عليه: أنك بريء من دعوى باقيها، أو بريء من باقيها أو ليس لي حق في باقيها فالصلح على هذا الوجه صحيح ويكون قد أخذ مقداراً من حقه وترك دعوى باقيها أي اسقط حقه في باقيها (الدرر وتكملة رد المحتار)[1]

كذلك لو ادعى احد مالاً معيناً كحديقة مثلاً وتصالح على مقدار معين من حديقة أخرى صح الصلح ولايشترط في صحة هذا الصلح الابراء من باقيها (الدرر وعبد الحليم والتكملة). لأن هذا الصلح معاوضة باعتبار جانب المدعي فكأنه باع ما ادعى بما اخذ، وتعبير وابرأ المدعى عليه عن دعوى باقيها احتراز عن ابراء عينه، لأن الابراء عن دعوى العين سواء كانت مغصوبة أو امانة وسواه كان الابراء المذكور في ضمن الصلح أو كان اصالة فصحيح (عبد الحليم).

أما الابراء عن نفس العين فتفصيله سيأتي في شرح المادة (١٥٣٦)

الصورة الثانية ـ إذا ضم المدعي علاوة على المقدار المعين من المدعى به بدلاً آخر من العروض أو النقود كان هذا الصلح صحيحاً أيضاً.

مثلاً لو حصل الصلح على مقدار من الحديقة وعلى خمسماية درهم كان الصلح صحيحاً ويكون قد أخذ بعض حقه عيناً وأخذ مقابل بعضه عوضاً وفي هذه الصورة لا يشترط في صحة الصلح إبراؤه من دعوى الباقي.

اختلاف الفقهاء: قد بين بعض الفقهاء أن الصلح عن العين المدعى بها لا يصح إلا في الصورتين المار ذكرهما وأن الصلح لا يصح بدون أن يبرأ من الدعوى أو بدون علاوة شيء آخر على البدل.

مثلاً لو ادعى أحد على آخر داراً وحصل الصلح على قسم معين منها فلا يصح الصلح وللمدعى الإدعاء بعد ذلك بباقي الدار. لأن الصلح إذا وقع على بعض المدعى به يكون استوفى بعضه وأسقط البعض الآخر والحال أن الإسقاط يكون للدين ولا يجوز إسقاط العين كما أن بعض

---

(١) ولو قال ابرأتك من دعواي في النصف الآخر ثم اقام بينة كان له ان يأخذ الدار كلها وفرقوا بين قوله برئت وبين قوله ابرأتك قال ألا ترى أن فرساً في يد رجل لو قال لرجل برئت منه كان بريئاً منه ولو قال ابرأتك منه كان له أن يدعيه وربما ابرأه عن ضمانه (تكملة رد المحتار).

المدعى به لا يكون عوضاً عن كله حيث يكون ذلك بمثابة أن الشيء يكون عوضاً عن نفسه لأن البعض داخل ضمن الكل (مجمع الأنهر) ويقال لهذا القول قول غير ظاهر الرؤية.

وعند بعض الفقهاء أن الصلح صحيح بالإبراء عن باقي الدعوى ولو لم يبرأ عن باقي الدعوى أو لم يضم شيء على بدل الصلح. لأن الإبراء عن بعض العين المدعى بها إبراء في الحقيقة عن دعوى البعض فالصلح صحيح ولا تسمع الدعوى بعد ذلك الصلح (تكملة رد المحتار والشرنبلالي وعبد الحليم).

فعليه لو ادعى شاة وصالح على صوفها يجزه للحال جاز عند أبي يوسف وعلى هذا ينبغي أن يجوز الصلح على بعض الدار عنده أيضاً (جامع الفصولين).

إن ظاهر عبارة المجلة تحتمل أكثر على الرواية الغير ظاهرة إلا أنه لا يوجد عبارة تدل على ذلك بصورة قطعية فلذلك يمكن أن يقال بأن المجلة قد اكتفت ببيان المسألة الاتفاقية.

ملحق

في حق صلح بعض الورثة مع البعض الآخر في أموال التركة

المسألة الأولى: التخارج هو أخذ بعض الورثة مالاً معلوماً من الورثة الآخرين مقابل حصصهم الإرثية، والخروج من التركة نوع من أنواع الصلح (رد المحتار).

المسألة الثانية: إذا أخرج بعض الورثة وارثاً منهم من التركة بإعطائه مقداراً من المال فإذا كانت التركة عروضاً وعقاراً كان التخارج صحيحاً ولا فرق في أن يكون بدل الصلح أقل أو أكثر من الحصة الإرثية. مثلاً لو كانت التركة المشتركة بين أربعة من الورثة ماية شاة وخمسين بقرة وعشرين فرساً وثلاثين بساطاً وأربعين خواناً وخمسة حوانيت وأعطى الورثة الثلاثة للوارث الرابع عشرة دنانير فأخرجوه من التركة برضائه كان صحيحاً وأصبح باقي التركة مشتركاً بين الورثة الثلاثة.

أما إذا كانت التركة عبارة عن نقود فينظر: فإذا كان بدل الصلح من جنس آخر كان الصلح صحيحاً سواء كان قليلاً أو كثيراً إلا أنه يشترط التقابض في المجلس، مثلاً لو كانت التركة دنانير ذهباً وأعطى صلحاً للوارث فضة وأخرجوه من التركة كان صحيحاً كذلك إذا كانت التركة ذهباً وفضة وكان بدل الصلح من كليهما أي مقداراً منه ذهباً ومقداراً منه فضة يصح الصلح سواء كان بدل الصلح قليلاً أو كثيراً[١].

---

(١) صرفا للجنس إلى خلافه كما في البيع ولكن يعتبر التقابض محرزا عن الربا لأنه صرف ولا يعتبر التساوي (مجمع الأنهر).

أما إذا كان في التركة نقود أي ذهب وفضة وكان فيها غير النقد عروض وعقار فينظر، فإذا كان بدل الصلح عروضاً أو عقاراً فالصلح صحيح سواء كانت قيمة البدل المذكور معادلة لحصته أو كانت أزيد أو أنقص منها لعدم الربا. وأما إذا كان بدل الصلح نقوداً وكان زيادة عن حصة الوارث المذكور الذي أخرج من التركة من جنس ذلك النقد فالصلح المذكور صحيح أيضاً ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزاً عن الربا وذلك لا يجوز بطريق الإبراء، لأن التركة أعيان والبراءة من الأعيان لا تجوز لكن لا بد من التقابض في المجلس فيما يقابل النقدين لأنه صرف في هذا القدر (مجمع الأنهر).

أما إذا كانت حصة الوارث الذي أخرج من التركة من أحد أجناس النقود مساوية لبدل الصلح من عين جنس ذلك النقد أو أكثر منه فالصلح باطل، لأن حصة ذلك الوارث من غير ذلك النقد من الأعيان تبقى خالية عن العوض[١].

المسألة الثالثة: إذا كانت التركة عبارة عن ديون وتصالح بعض الورثة مع أحدهم على إعطائه كذا درهماً وأن يخرج من التركة وخصص حصته في الدين لهم كان الصلح باطلاً. لأن في ذلك تمليك حصة المصالح في الدين لغير المدين وهم الورثة والبطلان يسري على الكل حيث كان صفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند الإمام وينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بين حصته (مجمع الأنهر).

مثلاً لو تصالحت الزوجة بطريق التخارج عن حصتها الثمن من تركة زوجها الذي له ديون في ذمم الناس وعن مطلوبها من زوجها المتوفي من مؤخر صداقها على كذا درهماً كان الصلح باطلاً سواء شرط بأن تكون حصتها في الدين عائدة للورثة أو لم يصرح (الخانية).

المسألة الرابعة: إذا حصل بطريق التخارج على الوجه المذكور أعلاه فيقسم باقي التركة، إذا كان بدل الصلح مالاً موروثاً، على باقي الورثة حسب حصصهم الإرثية قبل التخارج، مثلاً لو توفيت امرأة وكان الوارث لها الزوج وبنت وأخت لأب وأخذ الزوج مالاً معلوماً من التركة وخرج من التركة بطريق التخارج فسهما باقي التركة يكون سهماً للبنت وسهماً للأخت.

أما إذا كان بدل الصلح مالا مشتركاً بغير سبب الإرث فتقسم التركة الباقية على نسبة اشتراكهم في يد الصلح، مثلاً لو كان للمتوفي ولدان وبنت فأعطى ولد منهما والبنت فرساً مشتركاً بينهما مناصفة لأخيهما وأخرجاه من التركة فيقسم باقي التركة بين الولد والبنت مناصفة ولا يعطى للولد ثلثا التركة وللبنت ثلثها (الكفاية وتكملة رد المحتار).

والموصى له في المسائل الآنفة كالوارث.

المسألة الخامسة: إذا ظهر بعد عقد الصلح بطريق التخارج أموال من الأعيان أو ديون في

(١) إنما يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا حالة التصادق أما في التناكر كان أنكروا وراثته فيجوز وجه ذلك إن في حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلاً في حق الأخذ ولا في حق الدافع (تكملة رد المحتار).

ذمم الناس وكان ذلك غير معلوم وقت الصلح فلا تدخل هذه الأعيان والذمم في الصلح عند بعض الفقهاء والأشهر هو هذا وهو المعتمد والأصح ويدخل ذلك في الصلح عند البعض الآخر (مجمع الأنهر والخانية والبزازية)[١].

المسألة السادسة: إذا كانت التركة مدينة فالصلح بطريق التخارج غير صحيح. لأن الدين ولو كان قليلاً يمنع جواز التصرف في التركة.

من يرغب إيضاحات أخرى في التخارج فعليه أن يراجع مؤلفنا تسهيل الفرائض.

الفصل الثاني

في بيان الصلح عن الدين وعن الحقوق الأخرى

الدين يكون أما بدل مبيع أو بدل مقرض أو بدل إجارة أو بدل مغصوب أو بدل متلف انظر مادة (١٥٨).

المادة (١٥٥٢) - (إذا صالح أحد عن دينه الذي هو في ذمة الآخر على مقدار منه يكون قد استوفى بعض دينه وأسقط الباقي أي أبرأ ذمة المدين من الباقي).

قاعدة: إذا كان المصالح عليه ازيد واحسن من حق المصالح قدراً ووصفاً أو قدراً فقط أو وصفاً فقط وكان الإحسان من الدائن فقط فيكون الصلح الواقع إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه.

الصلح المتضمن الإسقاط:

١ - الصلح عن بعض الدين على الوجه المذكور في هذه المادة.

٢ - الصلح عن التأجيل والإمهال حسب ما سيذكر في المادة الآتية.

٣ - الصلح عن المسكوكات الخالصة بالمسكوكات المغشوشة انظر المادة (١٤٥٤).

إذا كان المصالح عليه أزيد وأحسن من حق المدعى من جهتين فيكون هذا الصلح معاوضة (تكملة رد المحتار ومجمع الأنهر) فلذلك إذا صالح أحد عن إقرار أو إنكار أو عن سكوت عن دينه الذي هو من جنس في ذمة الآخر كبدل المغصوب وبدل المتلف وثمن المبيع وبدل الإجارة وبدل

---

(١) ولو صالح أحد الورثة عن تركة مورثه ثم ظهر في التركة دين وكان الصلح وقع عن الأعيان فقط دون الديون فلا تفسد وإن وقع على جميع التركة كما لو كان الدين ظاهر أو وقت الصلح (التكملة).

المقرض على مقدار معين من ذلك الجنس يكون قد استوفى بعض دينه وأسقط الباقي أي أبرأ ذمة المدين من الباقي، لأنه من الواجب تصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان وحيث أنه يمكن حمل هذا التصرف على ذلك فيحمل عليه ولا يعتبر معاوضة لأنه لا يجوز مبادلة الأموال الربوية الأكثر بالأقل فكذلك الصلح الذي يجري على هذا الوجه لا يشترط قبض بدل الصلح قبل الافتراق (واقعات المفتين والخانية وتكملة رد المحتار ومجمع الأنهر).

وهذا الصلح ليس بصرف حتى انه لا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس (علي أفندي عن المحيط) ويفهم من تعبير الصلح أنه إذا باع الدائن دينه البالغ خمسين ديناراً بمقدار منه أي بعشرين ديناراً مثلاً فلا يجوز (الخانية).

ولا يجب أن يفهم من عبارة (أي أبرأ ذمة المدين من الباقي) أنـه يجب حصول الإبراء مع الصلح ويحصل الإبراء من الباقي سواء أقال المدعى أنه أبرأه من الباقي أم لا. إلا أنه إذا لم يذكر المدعي الإبراء فيبرأ المدعى عليه قضاء ولا يبرأ ديانة فلذلك لو ظفر المدعي بباقي مطلوبه فله أخذه أما إذا ذكر المدعي لفظة الإبراء فيبرأ المدعى عليه قضاء وديانة معاً (تكملة رد المحتار والخانية[١])

وتتفرع على هذه المادة المسائل الآتية:

المسألة الأولى: إذا صالح الدائن عن دينه البالغ مائة دينار بستين ديناراً فيكون قد استوفى الستين ديناراً من دينه وأبرأه من الأربعين ديناراً الباقية.

المسألة الثانية: إذا ادعى المدعي في دعواه على المدعى عليه بألف درهم ودفع المدعى عليه الدعوى بأنه أوفاه ذلك المبلغ وأنكر المدعي ذلك ثم تصالح على مائة درهم فالصلح جائز ويبرأ المدعى عليه من الباقي سواء ذكر الإبراء من الباقي أو لم يذكر (البزازية).

المسألة الثالثة: لو غصب أحد من آخر فرساً تساوي قيمتها خمسين ديناراً وبعد أن استهلكها تصالح المغصوب منه مع الغاصب عن الفرس بثلاثين ديناراً فيكون قد استوفى الثلاثين ديناراً وأبرأ الغاصب من عشرين ديناراً. ويصح الصلح عن المال المغصوب القيمي الذي تلف على مبلغ أو عرض أكثر من قيمته أي لو غصب أحد فرس آخر التي تساوي ألف درهم وبعد أن استهلكها تصالح مع المغصوب منه عن تلك الفرس بألفي درهم أو بثياب فالصلح صحيح أما إذا حكم القاضي بقيمة المغصوب فالصلح بعد ذلك على مبلغ أكثر من تلك القيمة غير صحيح (الدرر).

قيل (على مقدار معين). لأن في الصلح عن بعض تلك الدين يجب أن يكون البدل معيناً حتى يمكن أن يتعين المقدار الذي حط منه لأنه يشترط في هذا الإبراء أن يكون المحطوط معيناً. فلذلك إذا لم يكن المحطوط معيناً فالصلح والحط غير جائزين. مثلاً لو كان لأحد عند آخر عشرة

(١) رجل له على رجل كر حنطة فصالحه عن اقرار أو إنكار على نصف كر حنطة ونصف كر شعير إلى أجل بطل كله (الخانية).

دنانير فتصالح معه على أنه إذا دفع بدل الصلح بعد شهر أن يدفع ديناراً وإن لم يستطع دفعه بظرف شهر أن يدفع دينارين فالصلح غير جائز. لأن المحطوط مجهول. لأنه في حالة إعطاء بدل الصلح في ظرف الشهر يكون المحطوط تسعة دنانير وفي حالة إعطائه في تلك المدة فيكون المحطوط ثمانية دنانير (البزازية).

إن المادتين (١٣٥٣ و١٤٥٤) متفرعتان على القاعدة الآنفة الذكر.

يستفاد من عبارة (على مقدار منه) المسائل الآتية:

المسألة الأولى: إذا حصل الصلح على أداء جميع الدين فلا يكون إسقاطاً بل يكون قبضاً لعين الحق واستيفاء له، وإذا حصل الصلح على مبلغ أكثر من الدين فيكون ربا وحراما ولا يكون ذلك معدوداً من الصلح (تكملة رد المحتار).

المسألة الثانية: لأجل أن يكون هذا الصلح إبراء وإسقاطاً يجب أن يكون المصالح عليه بعض الدين المصالح عنه وعن جنسه، فلذلك إذا تصالح أحد مع آخر على دينه على مال من جنس آخر فيكون معاوضة.

مثلاً: لو كان لأحد في ذمة آخر خمسون ريالاً فضياً معجلة فتصالح معه على ذلك بعشرة أو سبعة دنانير معجلة كان هذا الصلح معاوضة وليس استيفاء لبعض الدين وإسقاطاً لبعضه وإن صح هذا الصلح إلا أنه يشترط قبض بدل الصلح في مجلس الصلح، فإذا لم يقبض بدل الصلح في مجلس الصلح فيكون باطلاً. لأن الصلح على غير جنس الحق مبادلة والصلح يبطل بالافتراق من غير قبض (الخانية).

إذا كان الدين في الصلح المبين في المجلة مؤجلاً فلا يجوز أن يكون المصالح عليه معجلاً فلذلك إذا حصل الصلح عن ألف درهم مؤجلة بستمائة معجلة فالصلح غير صحيح. لأن المعجل خير من المؤجل وبما أن الدائن بعقد الصلح لم يستحق المعجل فكان التعجيل مقابلاً للأربعمائة درهم التي أسقطت ويكون قد اعتيض عن الأجل وهذا حرام. أما إذا كان المصالح عنه معجلاً فيجوز أن يكون المصالح عليه مؤجلاً. لأنه في هذه الحالة يكون الدائن قد أخذ ما دون حقه وصفاً ووقتاً (مجمع الأنهر).

المادة (١٥٥٣) - (إذا صالح أحد على تأجيل وإمهال كل نوع من مطلوبه الذي هو معجل يكون قد أسقط حق تعجيله).

إذا صالح أحد على تأجيل وامهال عين كل نوع من مطلوبه الذي هو معجل لمدة معينة يكون قد أسقط حق تعجيله (مجمع الأنهر والدر المنتقى) ولا يحق له المطالبة به قبل حلول الأجل. انظر المادة (١٥٦٢).

مثلاً لو تصالح أحد عن مطلوبه الخمسين ريالاً فضياً على خمسين ريالاً فضياً مؤجلة لمدة شهر

فالصلح صحيح وليس له المطالبة بها قبل حلول الأجل، كذلك لو صالح أحد آخر على مطلوبه المؤجل لمدة على أن يمهله مدة أزيد صح الصلح (البزازية).

أما إذا لم يقع الصلح على تأجيل عين مطلوبه بل صالح مثلاً على الخمسين ريالاً المعجلة بثمانية دنانير أو عشرة مؤجلة فلا يصح الصلح سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار. لأن الدنانير التي اتخذت بدل صلح لا يستحقها الطرف الآخر بعقد المداينة فلذلك لا يمكن حمل هذا الصلح على مجرد التأجيل والتأخير بل يحمل بالضرورة على المعاوضة مع أنه لا يجوز بيع الدراهم بالدنانير نسيئة، انظر شرح المادة الآنفة كما أنه لا يجوز أيضاً الصلح عن ألف درهم مؤجلة على نصفها معجلة (لأن المعجل غير مستحق بعقد المداينة فصار معاوضة والأجل كان حق المدين وقد تركه بإزاء ما حطه عنه من الدين فكان اعتياضاً عن الأجل وهو حرام) (الدرر والغرر).

أما إذا أبطل المدين أجل الدين وجعله معجلاً فيصح في هذه الصورة إبطال الأجل إلا أن هذه المعاملة لا تعد صلحاً. لأن الأجل حق للمدين والمطلوب منه فيسقط بالإبطال (البزازية).

وكذلك يصح الصلح في صورة الجمع بين هذه المادة وبين المادة الآنفة.

مثلاً: لو تصالح الدائن (مع مدينه) على دينه الألف درهم المعجلة على ستمائة درهم مؤجلة صحيح ويكون قد أسقط الدائن حق تعجيله وأسقط أربعمائة درهم من دينه.

مستثنى: إذا كان الدين جهة قرض وحصل الصلح على تأجيله وإمهاله فلا يصح التأجيل (الخانية).

المادة (١٥٥٤) ـ (إذا صالح أحد عن مطلوبه الذي هو سكة خالصة على أن يأخذ بدله سكة مغشوشة فيكون قد أسقط حق طلبه سكة خالصة).

أي أن الصلح صحيح ولا يشترط قبض بدل الصلح في مجلس الصلح. لأن هذه المعاملة لم تكن من قبيل المعاوضة (مجمع الأنهر). فلذلك لو تصالح أحد عن مطلوبه الذهب بفضة أو عن مطلوبه الفضة بذهب وقبض بدل الصلح في مجلس الصلح صح الصلح ويكون قد أسقط حقه بالذهب أو الفضة (الهندية).

كذلك يصح الصلح في صورة الجمع بين هذه المادة وبين المادة الانفة ـ مثلاً لو صالح أحد آخر على مطلوبه المسكوكات الخالصة المعجلة على مسكوكات مغشوشة مؤجلة لسنة واحدة صح الصلح ويكون قد أسقط حق التعجيل وحق الخلوص (تكملة رد المحتار) كذلك يصح الصلح في صورة الجمع بين المواد الثلاثة السالفة الذكر. مثلاً لو تصالح الدائن على مطلوبه الألف درهم من السكة الخالصة المعجلة على ستمائة درهم سكة مغشوشة مؤجلة صح الصلح ويكون الدائن قد أسقط حقه في الأربعمائة درهم وفي حق التأجيل وفي السكة الخالصة.

المادة (١٥٥٥) - (يصح الصلح بإعطاء البدل لأجل الخلاص من اليمين في دعاوى الحقوق كدعوى حق الشرب والشفعة والمرور).

إذا طلب المدعي حقاً يلزم الخصم فيه اليمين فيجوز افتداء ذلك الحق بالبدل مهما كان ذلك الحق وعليه فيصح الصلح بإعطاء البدل للمدعي لأجل الخلاص من اليمين في دعوى الحقوق كحق الشرب والشفعة والمرور وكحق وضع الجذوع (رد المحتار).

مثلاً: إذا ادعى أحد حق شفعة في الدار التي اشتراها آخر وتصالح الشفيع مع المشفوع منه على أن يترك الشفيع دعوى الشفعة بمائة درهم صح الصلح وأصبح بدل الصلح حقاً للشفيع وليس للشفيع بعد ذلك دعوى الشفعة إلا أنه يحق لمن كان شفيعاً في درجة ذلك الشفيع أو لمن كان مؤخراً عنه أن يطلب تلك الدار بالشفعة إذا راعى شرائط الشفعة.

مستثنى: ويستثنى من هذا الأصل المسألة الآتية:

إذا ادعى المستودع هلاك الوديعة وتصالح بعد ذلك مع المودع على مال كان الصلح باطلاً (الأشباه).

ويفهم من عبارة لأجل الخلاص من اليمين أن الصلح بعد حلف اليمين غير صحيح انظر شرح المادة (١٥٥٠) (واقعات المفتين).

إيضاح عبارة (دعاوى) أن في ذلك ثلاثة أشياء:

١ - حق الشرب.
٢ - حق الشفعة.
٣ - حق المرور.

ويوجد في كل منها احتمالان:

الاحتمال الأول: الصلح فيها عن الدعوى ويعلم من ذلك ثلاث مسائل فالصلح في المسائل **الثلاث** جائز والذي بين في هذه المادة هو هذا.

الاحتمال الثاني: الصلح عن نفس هذه الحقوق أي عن نفس حق الشرب ونفس حق الشفعة ونفس حق المرور ويحصل من ذلك ثلاث مسائل، وتجري التفصيلات الآتية في جواز هذا الصلح.

١ - الصلح عن عين حق الشرب، فهذا الصلح جائز. لأنه حسب شرح المادة (١٥٣٣) يجب أن يكون المصالح عنه حقاً يقبل الاعتياض، وقد ورد في شرح المادة (٢١٦) بأنه يجوز تمليك حق الشرب لآخر بعوض.

٢ - أن يسقط الشفيع نفس حق الشفعة وأن يسلم العقار المتعلق به حق الشفعة للمشتري

مقابل بدل صلح معلوم فهذا الصلح غير جائز. لأنه لا يجوز الاعتياض عن حق الشفعة (الكفاية) ويسقط بدل الصلح بلا بدل (الخانية)، وفي هذه الصورة يجب على الشفيع أن يعيد للمشتري بدل الصلح الذي أخذه منه انظر المادة (١٥٣٤).

أما إذا تصالح الشفيع مع المشتري على بعض المشفوع فينظر:

إذا تصالح الشفيع على أن يأخذ نصف أو ثلث أو ربع المشفوع بحصته من الثمن المسمى فالصلح جائز فإذا كان صلح الشفيع بعد التأكد من طلب المواثبة وطلب التقرير والإشهاد فيكون الشفيع قد أخذ مأخوذه بالشفعة وسلم الشفعة في الباقي ولا يكون ذلك شراء جديداً ومبتدأ. حتى أنه إذا كان الشفيع المصالح شريكاً في نفس المشفوع أو في طريقه فللجار الملاصق للشفيع أن يأخذ الباقي بالشفعة، أما إذا كان صلح الشفيع على هذا الوجه حصل قبل طلب الشفعة كان المقدار الذي أخذه الشفيع شراء مبتدأ ويكون قد أسقط الشفعة في الكل فلذلك يحق للجار الملاصق أن يأخذ كل المشفوع وإذا كان الشفيع قد أخذ محلاً معيناً من العقار كأخذه غرفة معينة بحصتها من الثمن وتصالح على تسليم حق شفعته في الباقي فلا يصح الصلح. لأن حصة المحل المذكور المعين من الثمن مجهولة ولا تعلم إلا بالتقويم فلذلك كان الصلح باطلاً. إلا أنه يبقى حق شفعة الشفيع في جميع العقار لأنه في هذه الصورة لا يكون قد أعرض عن شفعته انظر شرح المادة (١٥٣٤) ثم أنه إذا أعطى الشفيع للمشتري مبلغاً أزيد من الثمن المسمى الذي أداه المشتري وتصالح معه على أخذ المشفوع كان هذا الصلح بمنزلة الشراء المبتدأ (الخانية).

٣ ـ الصلح عن حق المرور، فهـذا الصلح جائز وجواز بيعه قد بين في المادة (٣١٦) انظر شرح المادة (١٥٣٣).

الباب الرابع

في بيان الصلح والإبراء ويشتمل على فصلين

الفصل الأول

في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الصلح

حكم الصلح بالنسبة إلى المصالح عبارة عن أن يملك المدعي المصالح عليه سواء كان المدعى عليه مقراً أو منكراً وحكمه بالنسبة إلى المصالح عنه أحد شيئين:

الأول: أن يملك المدعى عليه المصالح عنه إذا كان المصالح عنه مالاً محتمل التمليك وإن كان المدعى عليه مقراً بالمصالح عنه.

الثاني: إذا كان المصالح عنه شيئاً غير محتمل التمليك كالقصاص فبراءةالمدعى عليه وكذلك إذا كان المدعى عليه منكراً للمصالح عنه فحكمه أيضاً براءة المدعى عليه سواء كان محتمل التمليك أو لم يكن (البحر في أول الصلح وتكملة رد المحتار).

المادة (١٥٥٦) - (إذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع عنه ويملك المدعي بالصلح بدله ولا يبقى له حق في الدعوى وليس للمدعى عليه أيضاً استرداد بدل الصلح منه).

الصلح من العقود اللازمة فلذلك إذا تم الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع عنه انظر شرح المادة (١١٤) حتى أنه لو ادعى المدعي مالا من المدعى عليه وانكر المدعى عليه وبعد أن جرى الصلح بينهما أقر المدعى عليه بالمدعى به فلا يلزم المدعى عليه ما أقر به (التكملة). إلا أنه للطرفين أن يفسخا ويقيلا بعض الصلح بالاتفاق وليس للطرفين في بعض الصلح إقالة الصلح.

(قيل إذا تم) لأنه لا حكم للصلح الذي لم يتم. مثلاً لو ادعى أحد من آخر حقاً وتصالح مع المدعى عليه على شيء ثم ظهر بأن ذلك الحق أو ذلك المال لا يلزم ذلك الشخص فحيث لا حكم

لذلك الصلح فللشخص المذكور استرداد بدل الصلح انظر المادة (٩٧) (واقعات المفتين).

كذلك لو تصالح البائع مع المشتري عن خيار العيب ثم ظهر عدم وجود العيب أو زال العيب من نفسه وبدون معالجة بطل الصلح وفي هذه الحال يجب على المشتري رد بدل الصلح الذي أخذه للبائع (رد المحتار).

ويملك المدعي بالصلح بدله سواء كان المدعى عليه مقراً أو منكراً، إلا أنه إذا كان المدعي مبطلاً وغير محق في دعواه فلا يحل له ديانة بدل الصلح في جميع أنواع الصلح ولا يطيب له انظر شرح المادة (١٥٥٥). ما لم يسلم المدعى عليه للمدعي بدل الصلح عن طيب نفس وفي تلك الحالة يصبح التمليك بطريق الهبة (مجمع الأنهر).

وقد بين آنفاً ملكية المدعى عليه للمصالح عنه (تكملة رد المحتار) ولا يبقى للمدعي حق في الدعوى ما لم تعرض أحوال مبطلة للصلح كاستحقاق البدل. لأن الصلح كما ذكر في المادة (١٥٣١) عقد يرفع النزاع (الدرر وعبد الحليم) ويتفرع عن هذه الفقرة المسائل الآتية:

المسألة الأولى: إذا ادعى أحد على آخر بأن الدار التي تحت يده هي داره ولعدم إثبات دعواه تصالح مع المدعى عليه على ألف درهم ثم وجد شهوداً يشهدون بأن الدار ملكه فلا تسمع دعواه ولا شهوده.

المسألة الثانية: إذا ادعى أحد على آخر بحق وحصل الصلح بينهما عن إنكار ثم أقر المدعى عليه بالمدعى به فلا يحل ذلك الصلح الواقع.

المسألة الثالثة: إذا ادعى أحد على آخر بمال مدعياً بأنه موروث له عن أبيه ثم تصالح معه على شيء فليس لذلك الشخص بعد ذلك أن يدعي بأن بائعه قد اشترى ذلك المال من مورث المدعي.

المسألة الرابعة: إذا ادعى أحد من آخر ديناً ثم تصالح معه فإذا ادعى المصالح المدعى عليه المدين بعد الصلح بأن الدائن قد أبرأه قبل عقد الصلح أو أنه أوفى الدين له فلا تسمع دعواه (الواقعات).

المسألة الخامسة: إذا حصل الصلح عن إنكار وأقام المدعى عليه بينة بعد ذلك على أن المدعي قد أقر بأن ليس له حق عنده فالصلح صحيح ولا تسمع البينة. لأنه يحتمل أن يثبت حق للمدعي عند المدعى عليه بعد إقراره (الدر المختار وتكملة رد المحتار) ولو برهن المدعى عليه أن المدعي قال بعد الصلح ما كان لي قبل المدعى عليه حق بطل الصلح (التنوير). لأن المدعي بإقراره هذا زعم أنه أخذ بدل الصلح بغير حق بخلاف إقراره قبل الصلح لجواز أن يكون المدعي ملك المدعى به بعد إقراره الصادر قبل الصلح (التكملة).

المسألة السادسة: إذا ادعى المدعي فرساً معيناً وأنكرها المدعى عليه وتصالح بعد ذلك على

مال فليس للمدعى عليه بعد ذلك أن يثبت أن المدعي قد أقر قبل الصلح بإن تلك الفرس لم تكن ماله وينفذ الصلح لافتداء اليمين ولجواز أن يملكه قبل الصلح (تكملة رد المحتار). لأن المدعى عليه إنما صالحه على اعتبار أنه افتدى يمينه بالصلح وافتداء اليمين بالمال جائز فكان إقدامه على الصلح اعترافاً منه بصحة الصلح فدعواه بعد ذلك أنه لم يصح الصلح صار متناقضاً والمناقضة تمنع صحة الدعوى والبينة لا تقبل بدون صحة الدعوى (رسالة الشرنبلالي).

ويستثنى من ضابط ولا يبقى له حكم في الدعوى بعد الصلح ما يأتي:

١ ـ الصلح في حق اليتيم، فلذلك إذا ادعى الولي أو وصي اليتيم على آخر بأن في ذمته ألف درهم لليتيم فأنكرها المدعى عليه فتصالح الولي أو الوصي مع المدعى عليه على ستمائة درهم لعدم إمكان إثبات المدعي ولكونه معلوماً بأن المدعى عليه سيحلف اليمين فللولي أو الوصي بعد ذلك أو لليتيم بعد البلوغ أن يثبت دعواه ويحكم له بالأربعمائة درهم الباقية انظر المادة (٥٨).

٢ ـ تسمع الدعوى بعد الصلح على أنه اشترى قبل ذلك. لأن الصلح بعد الشراء غير صحيح لتناقضه فإن إقدامه على الشراء منه دليل على ملك البائع ثم الدعوى والصلح بعدها يناقضه، مثلاً لو ادعى المدعي الدار التي تحت يد آخر بأنها ملكه ثم تصالح وادعى المدعي بعد ذلك بأنه قد اشترى تلك الدار من المدعى عليه قبل الصلح فيقبل منه وعند الإثبات يبطل الصلح ويلزم إعادة بدل الصلح (واقعات المفتين).

و(تكملة رد المحتار) ولو كان الشراء بعد الصلح فالشراء صحيح والصلح باطل (التكملة)

٣ ـ إذا ادعى المدعي فرساً معيناً وانكرها المدعى عليه وتصالح بعد ذلك على مال فإذا ادعى بعد ذلك المدعى عليه بأن المدعي قد أقر بعد الصلح بأن تلك الفرس ليست ماله وأثبت ذلك يقبل ويبطل الصلح لأنه بإقراره هذا زعم أنه أخذ بدل الصلح بغير حق (تكملة رد المحتار ورسالة الشرنبلالي).

٤ ـ إذا أقر المدعي بعد الصلح بأن لم يكن له قبل المدعى عليه أي حق يبطل الصلح (رد المحتار والتكملة).

٥ ـ إذا تلف المستعار في يد المستعير وانكر المعير بعد التلف الإعارة وادعى غصبها وتصالح مع المستعير على مال صح الصلح إلا أنه إذا أقام المستعير البينة بعد ذلك وأثبت العارية تقبل ويبطل الصلح لظهور اللاشيء(تكملة رد المحتار).

٦ ـ إذا فقد الحمل الذي يحمله الأجير المشترك الحمال وتصالح معه صاحب الحمل على مال ثم ظهر الحمل فلصاحب الحمل أخذه وللحمال أيضاً أن يبطل الصلح (التنقيح).

وليس للمدعى عليه استرداد بدل الصلح من المدعي. ألا أنه كما بين آنفاً إذا تبين بطلان الصلح فللمدعى عليه أن يسترد من المدعي بدل الصلح.

المادة (١٥٥٧) ـ (إذا مات أحد الطرفين فليس لورثته فسخ صلحه).

إذا مات أحد الطرفين المتصالحين أو كلاهما فليس لورثتهما فسخ صلحهما لأن الوارث يقوم مقام المورث فكما أنه ليس للمورث فسخه فليس للورثة أيضاً فسخه (المجموعة الجديدة بزيادة).

ويجري نظير هذه المادة في البيع وكذا في القسمة فلذلك ليس لأحد المتبايعين بعد تمام عقد البيع فسخ البيع كذلك إذا توفي أحدهما فليس لورثتهما فسخ بيع مورثيها.

المادة (١٥٥٨) ـ (إذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين فسخه واقالته برضائهما وإذا لم يكن في معنى المعاوضة بل كان متضمناً إسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه مطلقاً) (راجع المادة ٥١).

إذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين فسخه واقالته برضائهما (تكملة رد المحتار) وإذا فسخاه على هذا الوجه ينتقض وينفسخ الصلح. لأن المعاوضة تصح فيها الإقالة.

إن الصلح الآتي ذكره هو في حكم المعاوضة.

١ ـ إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه عيناً كان الصلح في حكم المعاوضة كأن يكون المصالح عنه فرساً والمصالح عليه شاة.

٢ ـ إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه أحدهما عيناً والآخر ديناً كان الصلح في حكم المعاوضة كأن يكون المصالح عنه داراً والمصالح عليه مائة دينار أو بالعكس.

٣ ـ إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه ديناً مختلف الجنس كان الصلح في حكم المعاوضة. كأن يكون المصالح عنه عشرة دنانير والمصالح عليه خمسون ريالاً إن كان بإقرار وكذا بـإنكار وسكوت في حق المدعي (تكملة رد المحتار).

٤ ـ الصلح حسب ما ذكر في المادة (١٥٤٩) عن دعوى المال بمنفعة أو عن دعوى المنفعة بمال أو بمنفعة من جنس آخر هو في حكم المعاوضة.

وإذا لم يكن الصلح في معنى المعاوضة بل كان متضمناً إسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه مطلقاً حتى ولو رضي الطرفان. لأن هذا الصلح إبراء وإسقاط والساقط لا يعود (تكملة رد المحتار) أنظر المادة (٥١).

والصلح المتضمن إسقاط بعض الحقوق هو ما يأتي:

١ ـ إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه ديناً متحد الجنس يكون الصلح متضمن الإسقاط كالصلح عن ألف درهم بستماية درهم أنظر المادة (١٥٥٢) (واقعات المفتين).

٢ ـ إذا حصل الصلح عن دعوى مال معين على مقدار منه وابرأه من دعوى الباقي كان

الصلح إسقاطاً أنظر المادة (١٥٥١).

٣ ـ إذا حصل الصلح عن دعوى دين معجل على إسقاط التعجيل كان الصلح صحيحاً أنظر المادة (١٥٥٣) (الدر المنتقى).

٤ ـ إذا حصل الصلح عن الدين بمسكوكات خالصة على مسكوكات مغشوشة يكون قد اسقط حقه عن السكة الخالصة أنظر المادة (١٥٥٤).

ملحق في الصلح بعد الصلح

إذا كان الصلح في حكم المعاوضة فالصلح بعد الصلح جائز، إلا أنه يشترط الا يكون بمثل العوض الأول وفي هذا الحال يبطل الصلح الأول بسبب الصلح الثاني.

مثلاً: لو حصل الصلح بإقرار عن دعوى دار على فرس ثم بعد ذلك حصل الصلح بينهما عن تلك الدار على خمسين ديناراً فالصلح صحيح ويبطل الصلح الأول ويعتبر الصلح الثاني كما هو جار في البيع أنظر المادة (١٧٦).

أما إذا كان الصلح متضمناً إسقاط بعض الحقوق فالصلح الثاني باطل والصلح الأول يبقى صحيحاً (واقعات المفتين بإيضاح وتكملة رد المحتار)

المادة (١٥٥٩) ـ (إذا عقد الصلح للخلاص من اليمين على اعطاء بدل يكون المدعي قد اسقط حق خصومته ولا يحلف المدعى عليه بعد).

إذا عقد المدعى عليه الصلح للخلاص من اليمين الذي توجه عليه على اعطاء بدل معين للمدعي فالصلح حسب المادتين(١٥٣٥و١٥٥٠) صحيح ويكون المدعي قد اسقط حق خصومته ولا يحلف المدعى عليه بعد ولا تثبت الدعوى بإقامة شهود أنظر المادة (٥١).

مثلاً لو قال المدعى عليه للمدعي، قد تصالحت معك عن اليمين الواجب علي بكذا درهماً أو قال افتديت يمينك بكذا درهماً ورضي المدعي صح الصلح.

أما إذا اشترى المدعى عليه من المدعي اليمين الذي وجه عليه أو باع المدعي للمدعى عليه ذلك اليمين فلا يصح.

كذلك لو حصل الصلح عن أن يحلف المدعي اليمين وأن يسلم المدعى عليه المدعى به بعد الحلف فالصلح باطل ولا يلزم المدعي تسليم المدعى به (الهندية والخانية).

المادة(١٥٦٠)ـ(إذا تلف كل بدل الصلح أو بعضه قبل أن يسلم للمدعي فإن كان مما يتعين بالتعيين فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق أي يطلب المدعي

كل المصالح عنه أو بعضه من المدعى عليه في الصلح الواقع عن إقرار ويرجع المدعي إلى دعواه في الصلح الواقع عن إنكار أو سكوت أنظر المادتين (١٥٤٨، ١٥٥٠) وإن كان بدل الصلح ديناً أي مما لا يتعين بالتعيين ككذا قرشاً فلا يطرأ على الصلح خلل ويلزم المدعى عليه إعطاء مثل المقدار الذي تلف للمدعي).

إذا تلف كل بدل الصلح أو بعضه قبل أن يسلم الى المدعي فإن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين كالعروض والعقار والمثليات الموجودة في المجلس والمشار إليها فهـو في حكم المضبوط بالاستحقاق أي إذا تلف بدل الصلح قبل تسليمه إلى المدعي في الصلح الواقع عن إقرار بطل الصلح وللمدعي أن يطلب كل المصالح عنه وكذلك إذا تلف بعص البدل المذكور قبل تسليمه إلى المدعي يبطل بقدره من الصلح وللمدعي أن يطلب بعض المصالح عنه من المدعى عليه. وإذا تلف بدل الصلح كله أو بعضه ففي الصلح الواقع عن إنكار أو عن سكوت يرجع المدعي إلى دعواه بالمقدار الذي تلف أنظر مادتي (١٥٤٨و ١٥٥٠)(الزيلعي).

مثلاً إذا ادعى المدعي الدار التي تحت يد آخر بأنها ملكه وتصالح مع المدعى عليه على فرس معينة وبعد تمام الصلح وقبل تسليم البدل تلفت الفرس فإذا كان الصلح عن إقرار فللمدعي أن يطلب الدار وأن كان عن إنكار أو عن سكوت يرجع المدعي إلى دعواه وأن كان بدل الصلح ديناً ككذا قرشاً أو من المثليات ككذا كيلة حنطة أو كذا بيضة مما لم يكن موجوداً في المجلس أو مشاراً إليه أو كان موجوداً في المجلس ومشاراً إليه أو كان من الأشياء التي لا تتعين بالتعيين فيها إذا كان موجودة ومشاراً إليها كالذهب والفضة فلا يطرأ على الصلح خلل بتلف بدل الصلح كلا أو بعضاً قبل التسليم ويلزم المدعى عليه إعطاء مثل المقدار الذي تلف للمدعي. لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ وبعبارة أخرى بأنه عند الإشارة حتى لا يتعلق العقد بهما بل بتعلق بمثلهما الثابت في الذمة أنظر المادة (٢٤٣) وشرحها ولا يتصور الهلاك في الشيء الثابت في الذمة (الدرر والشرنبلالي والزيلعي).

مثلاً إذا حصل الصلح عن مائة دينار على ستين ديناراً وقبل أن يسلم المدعى عليه للمدعي ستين ديناراً تلفت في يداه. سواء كان هذا التلف وقع قبل الافتراق أو بعد الافتراق. فلا يطرأ خلل على الصلح فعلى المدعى عليه أن يوفي بدل الصلح ويؤدي للمدعي ستين ديناراً أخرى أما إذا وقع الصلح على جنس خلاف الدين كأن يكون الصلح عن ستين ديناراً بمائة وخمسين ريالاً. فإذا تلف البدل قبل الافتراق فلا يطرأ خلل على الصلح إلا أنه إذا حصل التلف بعد الافتراق يبطل الصلح.

خلاصة كتاب الصلح

١

الصلح

الصلح: تعريفه - عقد يرفع النزاع بالتراضي فلا يجوز الصلح الواقع بالإكراه المعتبر ولا الصلح الواقع عن دعوى باطلة الا انه يجوز الصلح عن الدعوى الفاسدة.

ركن الصلح:

- الايجاب والقبول فقط
  - يلزم القبول بعضاً
    - ١ اذا كان المدعى به متعيناً بالتعيين
    - ٢ اذا وقع الصلح على جنس آخر،
    - وفي هذه الحال فالصلح ليس باسقاط لأن الاسقاط لا يجري في الأعيان فهو مبادلة ويتوقف على القبول
  - وبعضا يكفي ايجاب المدعي
    - وهو إذا كان الصلح يتضمن اسقاط بعض الحقوق كالصلح عن دين ثابت في الذمة على بعضه
- وتمام قبض البدل
  - ولا يشترط ذلك بعضا
    - اذا كان المصالح عنه قيميا
    - إذا كان المصالح عنه مثليا والمصالح عليه قيميا
    - اذا كان المصالح عنه دينا والمصالح عليه بعض ذلك الدين
  - وبعضا يشترط. اذا كان المصالح عنه والمصالح عليه مثليين.

انعقاده بالتعاطي - ينعقد الصلح بالتعاطي: اذا اعطى المدعى عليه للمدعى مالا ليس له حقّ أخذه وقبضه المدعي

٢

أقسام الصلح

أقسام الصلح

(١) عن اقرار

١ - اذا وقع على مال[1] غير المدعى به فهو في حكم البيع[2] انظر مادة ١٥٤٧ وشرحها

١ - اذا كان المصالح عنه والمصالح عليه عينا وكان كلاهما قيميا أو أحدهما قيميا والآخر مثليا.
٢ - أو كان المصالح عنه والمصالح عليه مثليين مختلفي الجنس وقبض بدل الصلح في مجلس الصلح فالصلح في حكم الإجارة.

٢ - الصلح عن دعوى مال على منفعة

الا أنه يشترط أن تكون المنفعة معلومة بصورة مانعة للنزاع مادة ١٥٤٩

٢ - عن انكار
٣ - عن سكوت

٣ - الصلح عن منفعة على مال
٤ الصلح عن منفعة على منفعة من جنس آخر
٥ - إذا وقع الصلح على جنس المدعى به وكان على أقل فهو إبراء وإذا كان على عين مقداره فهو استيفاء والصلح جائز في الصورتين وإذا كان على أكثر فهو ربا وغير جائز في حق المدعي معاوضة وتجري في العقار المصالح عليه الشفعة وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة ولا تجرى الشفعة في العقار المصالح عنه.

---

(١) تعبير المال يشمل الوديعة والعارية وصلح المستودع يكون على خمسة أوجه انظر شرح المادة ١٥٤٩
(٢) مستثنى إذا تصادق المتصالحان بعد الصلح على عدم وجود الدين بطل الصلح.

٣

المصالح والمصالح عليه والمصالح عنه

المصالح هو عاقد الصلح . المصالح عليه هو بدل الصلح . المصالح عنه هو المدعى به

المصالح	يشترط أن يكون المصالح عاقلا ولا يشترط بلوغه	فاذا كان في صلح الصبي المأذون (١) نفع (٢) أو لم يكن فيه نفع أو ضرر (٣) أو لم يكن فيه ضرر بين فهو صحيح . أما إذا وجد فيه ضرر بيِّنٌ فهو غير صحيح وإذا كان المصالح هو ولي الصبي فـالحكم حسب المنوال المشروح في الصلح عن الدعوى العائدة للصبي الناتجة عن فعل غير الوصي أما إذا كان المطلوب ناتجاً عن فعل الولى فالصلح صحيح على كل وجه إلا أن المقدار الذي يصير اسقاطه يجب ضمانه على الولي أو الوصي انظر المادة ١٥٤٧	
المصالح عنه	شرائطه	يجب أن يكون المصالح عنه حقـاً للمصالـح وأن يكون المصالح عنه حقاً ثابتاً في محل	
	أنواعه	(١) دعوى المال (٢) دعوى المنفعة (٣) دعوى الجناية (٤) دعوى حق الشرب وحق المرور وما أشبهها	
المصالح عليه	يجب بعضاً على الموكل	اذا كـان عقـد الصلح المعقود من الوكيل معاوضـة اسقاطية	كالصلح عن دين ثابت في الذمة على مقدار منه وكالصلح عن دم العمد وعن الجنـاية فيـما دون النفس وعن النكاح لأن الوكيل فيها سفير محض
		إذا كان عقد الصلح المعقود من الوكيل معاوضة مالية وأضاف الوكيل العقد إلى موكله	
	ويجب بعضاً على الوكيل	وهي إذا أضاف الوكيل العقد لنفسه في المعاوضة	

		المالية لأن هذا الصلح في حكم البيع ولذلك ترجع حقوق العقد إلى العاقد
	ويحب بعضاً على الشخص الفضولي	وهي إذا أضاف الفضولي العقد إلى نفسه اما إذا أضاف الفضولي العقد إلى المدعى عليه ففي ذلك خمس صور أنظر شرح المادة (١٥٤٧)
	أحواله	إذا كان عينا فهو مبيع وإذا كان دينا فهو ثمن وإذا كان منفعة فعقد الصلح في حكم الإجارة فلذلك يصح أن يكون كل شيء صالح أن يكون مبيعاً أو ثمناً مصالحاً عنه. إلا أن الصلح إذا كان قريباً لأحد العقود يحمل عليه ويجب وجود ذلك العقد وشرائطه.
	شرائطه	(١) أن يكون معلوما وكيفية العلم تكون على خمسة وجوه أنظر شرح المادة (١٥٤) (٢) أن يكون مقدور التسليم إذا كان محتاجاً للتسليم (٣) أن يكون معجلاً إذا كان عينا (٤) أن يكون تسليمه غير مضر كجذع الدار وكم الثوب

٤

أنواع الصلح

الصلح عن الدين	إما أن يتضمن الاسقاط	إذا كان المصالح عليه ادون من حق المصالح وكانت الزيادة في طرف الدائن فالصلح الواقع يكون استيفاء لبعض الحق واسقاطاً لبعضه والصلح المتضمن الاسقاط هو ما يأتي ـ الصلح عن بعض الدين مادة (١٥٥٢)، الصلح على التأجيل والامهال مادة (١٥٥٣)، الصلح عن المسكوكات الخالصة على مسكوكات مغشوشة.
	وإما أن يتضمن المعاوضة	إذا كان المصالح عليه أزيد من حق المدعي وكانت الزيادة في الطرفين كان الصلح الواقع معاوضة

الصلح عن الحقوق الأخرى

الصلح للخلاص من اليمين في دعوى الشرب والشفعة والمرور باعطاء بدل صحيح أنظر المادة (١٥٥٩)، لأن المدعي حقاً مطلقاً لتحليف خصمه فلذلك يجوز افتداء ذلك اليمين بالبدل[1] فالصلح عن دعوى حق الشرب والشفعة والمرور وان كان جائزاً الا أن الصلح عن حق الشفعة غير جائز لعدم جواز الاعتياض عن حق الشفعة ويسقط حق الشفعة في هذا الصلح أما الصلح عن نفس حق الشرب ونفس حق المرور فهو جائز لقبولها الاعتياض أنظر المادة (٢١٦)

٥

أحكام الصلح

الصلح من العقود اللازمة

فلذلك يملك المدعي المصالح عليه والمدعى عليه بعضاً من المصالح عنه وتلزم براءته بعضاً والصلح الذي يتضمن اسقاط بعض الحقوق لا يفسخ إلا أنه إذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين ولورثتها بعد وفاتها فسخ الصلح بالتراضي والصلح بعد الصلح جائز في الصورة الأولى وباطل في الثانية أنظر المادة (١٥٥٨).

إذا تلف المصالح عليه قبل التسليم فإذا كان متعيناً فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق وإذا كان غير متعين فلا يطرأ خلل على الصلح.

---

(١) اذا ادعى المستودع الهلاك وتصالح مع المودع على مال فالصلح باطل.

الفصل الثاني

في المسائل المتعلقة بأحكام الإبراء

إذا كان الإبراء عن الأعيان ينظر: فإذا حصل على وجه الإنشاء فالإبراء باطل وإن وقع على وجه الأخبار فصحيح مثلاً لو قال أحد، إن مالي طرف فلان هو بريئ منه فهذا الإبراء واقع على وجه الأخبار وعليه فهو صحيح ويتناول العين والدين وكذلك لو قال أحد عن العين التي في يد آخر: ليس لي ملك في هذه العين فهو على وجه الأخبار وصحيح (التكملة).

المادة (١٥٦١) - (إذا قال أحد ليس لي مع فلان دعوى ولا نزاع أو ليس لي عند فلان حق أو فرغت من دعواي التي هي مع فلان أو تركتها أو ما بقي لي عنده حق أو استوفيت حقي من فلان بالتمام يكون قد أبرأه).

إذا قال أحد: ويشترط أن يكون عاقلاً بالغاً انظر المادة (١٥٤١) ليس لي عند فلان حق أو ليس عنده دعوى ولا نزاع أو ليس لي عند فلان حق أو فرغت من دعواي التي هي مع فلان أو ما بقي لي عنده حق أو ليس لي عند فلان حق مطلقاً أو أبرأت فلاناً من حقي أو جعلت حقي من فلان حلالاً له أو وهبت حقي من فلان له أو تركت دعواي مع فلان أو فوضت أمري لله أو تركت مطلوبي من فلان فيكون قد أبرأه. كذلك لو قال أحد لآخر، ليس لي عليك اليوم دعوى فهو إبراء فليس له بعد ذلك اليوم الادعاء بحق مقدم عن تاريخ ذلك الإبراء وأعم ألفاظ الإبراء قول لاحق لي قبل فلان ويدخل في هذا الإبراء الأمانات والمضمونات التي هي من الحقوق المالية ويدخلها الحقوق الغير مالية أيضاً، إنما دخلت تحت البراء الحقوق كلها. لأن قوله لا حق لي نكرة في موضع النفي والنكرة في موضع النفي تعم (التنقيح).

فلذلك ليس للمبرئ أن يدعي شيئاً مقدماً عن تاريخ الإبراء ثمناً أو أجرة أو ارش الجناية أو غصباً أو أمانة أو إجارة أو كفالة بالنفس أو قصاصاً أو حد القذف (محيط البرهان في الفصل الثاني والعشرين ورسالة الشرنبلالي والمجموعة الجديدة) انظر شرح المادة (٥٣٨).

إلّا أنه يجب أن يكون الإبراء قطعياً وغير مقيد بكلمة شك وغير معلق وغير مبني على مقصد باطل كالرشوة كما سيوضح في شرح المادة الآتية فلذلك لو قال أحد: إنني لا أتداعى مع فلان أو لا أتخاصم معه أو لا أطلب حقي منه فلا يكون قد أبرأه. كذلك لو قال أحد: حسب ظني أو حسب رأيي أو حسب دفتري أو حسب حسابي ليس لي عند فلان حق فلا يكون قد أبرأه فعليه لو أدعى بعد ذلك بأن له قبل فلان كذا حقاً تسمع دعواه (رسالة الإبراء لابن عابدين والشرنبلالي والفيضية وجامع الفصولين).

المادة (١٥٦٢) ـ (إذا أبرأ أحد آخر من حق يسقط حقه من ذلك وليس له دعوى ذلك الحق راجع المادة (٥١).

إذا أبرأ أحد آخر من حق مشروع قابل للإسقاط بدون تقييد بكلمة شك وبغير تعليق يسقط حقه من ذلك وليس له في حياته دعوى ذلك الحق وليس لورثته بعد وفاته دعواه[١] وليس له إثبات مدعاه أو تحليف اليمين لأن تحليف اليمين يكون بعد صحة الدعوى انظر المادة (٥١) حتى أن المدعى عليه لواقر بدين بعد إبرائه منه فإقراره باطل[٢].

أما إذا ادعى بالوكالة أو الوصاية فتسمع. مثلاً إذا قام المبرئ الدعوى بالوكالة أو الوصاية على المبرأ بعد أن قال المبرئ ليس لي قبله حق تسمع دعواه إلّا أنه إذا أقر أحد بعين لآخر فليس له بعد الإقرار أن يدعي تلك العين لنفسه كما أنه ليس له أن يدعيها بالوكالة أو الوصاية عن شخص آخر (رسالة الشرنبلالي) ويشترط لسقوط الحق المبرأ أربعة شروط.

الشرط الأول: أن يكون ذلك الحق قابلاً للإسقاط والحق القابل للإسقاط هو الدين وحق الشفعة وحق المسيل المجرد (وهو حق إسالة الماء في موضوع على أن تكون رقبة ذلك الموضع لشخص آخر) وخيار الشرط وخيار العيب بعد رؤية المبيع والأجل في الدين. أنظر شرح المادة (١٢٢٧) (البزازية) فعليه لو أبرأ أحد مدينه من الدين فليس له بعد ذلك الادعاء بذلك الدين حتى لو أقر المدين كما مر. مثلاً لو أبرأ أحد آخر قائلاً في حال صحته: ليس لي في ذمة فلان حق مطلقاً وادعى ورثة المذكور بعد وفاته بأن لمورثهم قبل المذكور ديناً مقدماً عن الإبراء المذكور كذا درهماً فلا تسمع دعواهم (المجموعة الجديدة)[٣] كذلك لو أسقط حق الشفعة وحق المسيل المجرد ليس له أيضاً حق الدعوى. كذلك لو أسقط خيار الشرط وخيار الرؤية بعد رؤية المبيع أو خيار العيب فتسقط الخيارات المذكورة وليس له رد المبيع من أجل تلك الخيارات. كذلك إذا أبطل المدين الأجل أو قال تركت الأجل أو جعلت ديني حالاً فإسقاطه صحيح ويبطل الأجل.

---

(١) قيام الوارث مقام المورث هو لو كان حياً لم تسمع دعواه به لأنه سبق منه ما ينافيها (رسالة الشرنبلالي).

(٢) ـ نعم لو ادعى ديناً بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنه أقر به يلزمه (الدر المختار) إنما قيد يكون الإقرار بالدين لأن إقراره بالعين بعد الإبراء العام صحيح مع أنه أبرئ من الأعيان في الإبراء العام (رد المحتار) برهن أنه أبرأني عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعي ثانياً أنه أقر لي بالمال بعد إبرائي فلو قال المدعى عليه أبرأني وقبلت الإبراء أو قال صدقته فيه لا تسمع دعوى الإقرار ولو لم يقل ذلك تسمع لاحتمال الرد والإبراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه بخلاف قبوله إذ لا يرتد بالرد بعده (رد المحتار).

ولو ادعى مالاً وقال المدعى عليه أنك أبرأتني من هذه الدعوى فقال المدعي أنك أقررت بالمال بعد الإبراء لا تسمع دعوى الإقرار وإن قال إنك قد أقررت به بعد دعواك إقراري بالإبراء فتسمع (رد المحتار).

(٣) رجل له على رجل دين فبلغه أن المدين قد مات فقال جعلته في حل أو قال وهبته منه ثم ظهر أنه حي ليس للطالب أن يأخذ منه لأنه وهبه بغير شرط (الخانية في براءة الغاصب والمدين).

كذلك لو قال المدين أنني أبرأتك من الأجل أو أنت بريئٌ من الأجل فيسقط الأجل أما لو قال المدين لا حاجة لي في الأجل لا يبطل الأجل (البزازية).

ولكن إذا كان ذلك الحق غير قابل للإسقاط فلا حكم للإبراء منه. إن حق الرجوع عن الهبة وخيار الرؤية قبل رؤية المبيع والاستحقاق في الإجارة وفي حق الوقف من الحقوق الغير قابلة الإسقاط فلذلك لو وهب أحد لأجنبي مالاً وقال الواهب، قد أسقطت حق رجوعي عن الهبة فله بعد ذلك الرجوع عنها.

كذلك لو قال قد تركت حق منفعتي وأسقطتها فلا يسقط حق إجارته (الأشباه).

كذلك لو قال الوارث قد تركت حق أرثي فلا يبطل حقه (رسالة الشرنبلالي)[١].

ولا يسقط الاستحقاق في الوقف بالإسقاط؛ مثلاً لو أسقط المشروطة له غلة وقف حقه في غلة ذلك الوقف فله بعد ذلك طلب غلة الوقف، وتولية الوقف والسكنى فيه هما كالغلة في هذا الحكم (تكملة رد المحتار).

الشرط الثاني: حصول الإبراء بصورة مشروعة فعليه لو أبرأه على طريق الرشوة فلا يصح (واقعات المفتّين).

الشرط الثالث: ألا يقيد الإبراء بلفظ مفيد للشك كقوله على علمه. فلذلك إذا قال المبرئ ليس لي حق قبل فلان حسب علمي أو قلبي أو رأيي أو على ما أظن أو حسب حسابي أو كتابي فلا يعد هذا اللفظ إبراء ولا يمنع استماع الدعوى ولو قال: قد علمت أنه لا حق لي على فلان لم يقبل منه (رسالة الشرنبلالي).

الشرط الرابع: أن يكون الإبراء غير معلق بالشرط وعليه فإن الإبراء المعلق بالشرط غير صحيح ويوضح حسب ما يأتي.

صور الإبراء العديدة:

أولاً: يكون الإبراء منجزاً وقد ذكر آنفاً.

ثانياً: يكون مقيداً بالشرط ويقال له إبراء معلق على معنى الشرط، والإبراء يقبل التقييد بالشرط وهذا يكون على أربعة أوجه:

الوجه الأول: لو قال الدائن لمدينه: أعطني غداً نصف الألف درهم المطلوبة منك على أن

(١) رجل خاصم رجلاً في دار ثم قال للمدعى عليه قد أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي في هذه الدار أو عن دعواي في هذه الدار فجميع ذلك باطل وله أن يخاصم فيقيم البينة فيأخذه. ولو قال برئت من هذه الدار أو قال برئت من دعواي في هذه الدار صح ذلك ولا حق له فيها ولو أقام البينة لا تقبل ولو قال أنا بريء من هذه الفرس أو قال خرجت من هذه الفرس ليس له أن يدعي بعد ذلك. لأنه أخبر عن البراءة فتثبت البراءة أما في الوجه الأول فقد صرح بالإبراء عن المعين أو عن الدعوى والخصومة وذلك باطل (الخانية في براءة الغاصب والمدين).

تكون بريئاً من النصف الآخر فأعطى المدين في الغد النصف للدائن يبرأ من النصف الآخر. أما إذا لم يؤد المدين النصف غداً فلا يبرأ المدين من النصف وللدائن مطالبته بالكل إلاّ أن تقييد الإبراء بهذا الشرط نافع للدائن حيث إن الدائن يستفيد من أخذ تلك الدراهم بصرفها في تجارة نافعة وفي قضاء ديونه ويتخلص من إفلاس المدين وتعرض الدين للتوى. فإذا عدم الشرط بطل الإبراء (مجمع الأنهر) كذلك لو قال الدائن للكفيل الذي كفل على دين له بألف درهم قد حططت عنك خمسمائة درهم على أن تقدم هذا اليوم كفيلاً أو رهناً وقبل المدين ولم يقدم الكفيل أو الرهن يبطل الحط والإبراء (الخانية).

الوجه الثاني: لو قال الدائن للمدين: إذا لم تؤد غداً نصف الدين تكون مديناً بكل الدين وصالحتك على نصفه فهو صحيح فإذا أدى غداً نصف الدين يبرأ من باقي الدين فإذا لم يؤده يبقى مديناً بالكل. لأن الدائن قد قيد الإبراء بقيد صريح فإذا لم يوجد ذلك القيد يبطل الإبراء (مجمع الأنهر) كذلك لو قال الدائن للكفيل على دين له بألف درهم. قد أبرأتك من خمسماية درهم على أن تؤدي الخمسماية درهم الأخرى في أول الشهر على أنك إذا لم تؤد في أول الشهر تبقى الألف درهم في ذمتك فجائز والمقاولة معتبرة (الخانية).

الوجه الثالث: لو قال ابرأتك من نصف الدين على أن تؤدي النصف الآخر غداً يحصل الإبراء في الحال في النصف سواء أدى المدين النصف الآخر غداً أو لم يؤده. لأنه قد ذكر البراءة في ابتداء كلامه مطلقاً ثم أتى ذكر الاداء ولما كان الأداء غير صالح لأن يكون عوضاً فلم يبق احتمال على أن يكون الأداء شرطاً ومع ذلك فإن ذكر الأداء بعد الإبراء جعله مشكوكاً فيه بأن يكون شرطاً فعلى هذه الصورة أصبح كون الأداء شرطاً غير متحقق وبقيت البراءة على الإطلاق فأصبح الأداء وعدمه غير مقيد في الإبراء (مجمع الأنهر).

الوجه الرابع: أن يقول الدائن اعطني نصف ديني على أن تكون بريئاً من النصف الآخر ولما كان لم يذكر وقتاً لأداء النصف أصبح الإبراء في النصف صحيحاً وكان هذا الإبراء إبراءً مطلقاً. لأنه حيث لم يتعين وقت لأداء النصف وكان الأداء واجباً على المدين في مطلق الازمان فأصبح شرط الأداء ليس بغرض صحيح ولا يتقيد الإبراء به فحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً.

ثالثاً: الإبراء المعلق ويقال له الإبراء المعلق على صريح الشرط والشرط ما كان على خطر الوجود فهذا الإبراء غير صحيح، لأن الإبراء من وجه تمليك لرده بالرد وتعليق التمليك على شرط غير صحيح والإبراء اسقاط باعتبار كونه غير متوقف على القبول وتعليق الإسقاط على شرط صحيح إلا أنه نظر الى جهة التمليك وقيل بعدم جوازه معلقاً بالشرط ونظر إلى جهة الإسقاط وقيل بجواز تقييده بالشرط (تكملة رد المحتار).

مثلاً لو قال الدائن لمدينه: في أي وقت أو في أي زمن تؤدي لي ثمانمائة درهم من الألف درهم المطلوبة لي منك فأنت بريء من المائتي درهم وادى الدائن الثمانمائة فلا يبرأ من المائتى درهم سواء

ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر (مجمع الأنهر والخانية وواقعات المفتين).

ولا يصح تعليق الإبراء عن الدين بالشرط كما إذا قال لمدينه: إذا مت (بنصب تاء الخطاب) فأنت بريء لا تصح. لأنه كقوله إن دخلت الدار فأنت بريء. أما لو قال إن مت (بضم التاء) فأنت بريء وأنت في حل جاز. لأنه وصية (رسالة الشرنبلالي) ويستثنى ما إذا علقه بكائن كقوله إن كانت الشمس طالعة فأنت بريء من الدين لقولهم إن التعليق به تنجيز.

إلا أنه إذا كانت صور التعليق هي معنى إجارة يحمل على الإجارة ويكون صحيحاً. مثلاً لو قال أحد لمدينه إذا قمت بعملي هذا أو أن خطت ثيابي أو نقلت متاعي هذا الى بيتي فأنت بريء من العشرة دراهم المطلوبة لي منك وقام ذلك الشخص بذلك العمل يبرأ (واقعات المفتين).

المادة(١٥٦٣) - (ليس للإبراء شمول لما بعده. يعني إذا ابرأ أحد آخر تسقط حقوقه التي قبل الإبراء أما حقوقه الحادثة بعد الإبراء فله الإدعاء بها).

لا يشمل الإبراء ما بعده أي لا يشمل الحقوق الحادثة بعد زمن الإبراء. لأن الإبراء فرع لثبوت الحق فإذا لم يثبت الحق فلا يكون الإبراء صحيحاً. فلذلك لو ادعى الدائن قائلاً للمدعى عليه. إن لي في ذمتك ألف درهم ثمن الفرس الذي بعته لك بعد الإبراء وأنك قد اقررت بذلك فالدعوى صحيحة. يعني إذا ابرأ أحد آخر تسقط حقوقه التي يشملها الإبراء سواء كانت قبل الإبراء أو وقته فلذلك اذا ابرأ الدائن المدين من العشرة دنانير التي في ذمته فأقر المدين بعد ذلك بأنه مدين بتلك الدنانير فلا يؤاخذ (علي افندي) أنظر شرح المادة (٥١) وشرح المادة الآنفة.

أما حقوقه الحادثة بعد الإبراء فله الإدعاء بها فلذلك لو ادعى أحد على آخر بألف درهم وأثبت دعواه بشاهدين ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: إنك ابرأتني من الألف درهم المذكورة وأثبت دفعه هذا بشاهدين ينظر: فيبحث عن تاريخ الدين والإبراء فإذا كان تاريخ الإبراء مؤخراً عن تاريخ الدين يحكم بالإبراء أنظر المادة الآنفة. أما إذا وجد تاريخ الدين مؤخراً عن تاريخ الإبراء فيحكم حسب هذه المادة بالدين. وإذا وجد تاريخهما مساوياً أو لم يبين تاريخهما أو بين تاريخ الدين ولم يبين تاريخ الإبراء أو بالعكس ففي هذه الصور الأربعة يحكم بالإبراء ولا يأخذ المدعي من المدعى عليه شيئاً، لأنه في هذه الصور الأربعة، يحتمل أن يكون الحق المدعى به ثابتاً قبل الإبراء وساقطاً بالإبراء كما أنه يحتمل بأنه ثابت بعد الإبراء وغير ساقط به فحصل شك في صحة الشهادة والحكم بالشك غير جائز أنظر المادة (٤) وإن يكن أن المدعي يدعي الدين بسبب حادث بعد الإبراء فيجب قبول الدعوى والشهادة. إلا أنه إذا تعارض الموجب والمسقط فيعتبر أن المسقط الآخر واقع لأن السقوط يكون بعد الوجوب سواء وقع الحكم بالموجب أو لم يقع.

كذلك لو ابرأ أحد آخر من جميع الدعاوي والخصومات ثم ادعى بعد الإبراء مالا منه بسبب الأرث فإذا كانت وفاة المورث وقعت قبل الإبراء فدعواه غير صحيحة ولو كان يجهل حين الإبراء وفاة مورثه فلو ابرأه مطلقاً أو أقر أنه لا يستحق عليه شيئاً ثم ظهر بعد ذلك أن المقر له كان قبل الإبراء أو الإقرار مشغول الذمة بشيء من متروك اب المقر ولم يعلم المقر بذلك يعمل الإقرار

والإبراء عملهما ولا يعذر المقر (الهندية ورسالة الشرنبلالي وعلى افندي والتنقيح في الدعوى)

إلا أن الإبراء قبل لزوم الدين غير صحيح لأن الإبراء إسقاط وهذا لا يكون إلا في الدين الواجب فلذلك لو ابرأ أحد آخر من الحقوق المالية الماضية وابرأه أيضاً من الحقوق الآتية أي الحقوق التي لم تكن ثم ثابتة بل ستثبت آتياً فلا حكم للإبراء من الحقوق الآنية. لأن الإسقاط فرع للثبوت فلذلك تسمع دعوى ضمان الدرك بعد الإبراء. مثلاً لو كفل أحد كفالة بالدرك وبعد ذلك ابرأ المكفول الكفيل من كافة الدعاوى ثم لحق الدرك بعد ذلك بالمكفول فللمكفول له أن يدعي على الكفيل. لأن الإستحقاق كان منعدماً وقت البراءة وقد حصل الإستحقاق بعد ضبط المبيع بالاستحقاق فلا تشمله البراءة (رسالة الشرنبلالي والكفاية في أوائل الإقرار).

المادة (١٥٦٤)-(إذا برأ أحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص يكون إبراء خاصاً ولا تسمع بعد ذلك دعواه التي تتعلق بذلك ولكن له دعوى حقه الذي يتعلق بغير ذلك الخصوص مثلاً إذا ابرأ أحد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار بعد الإبراء ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالأراضي والضياع وسائر الأمور).

إذا برأ أحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص أو من حق متعلق من جهة كذا يكون ابراء خاصاً ولا تسمع بعد ذلك دعواه التي تتعلق بذلك الخصوص أو ذلك الحق وقد مرت هذه في المادة (١٥٦٢) فالمقصود في هذه المادة هو الفقرة الآتية ولكن له دعوى حقه الذي يتعلق بغير ذلك الخصوص أو دعوى حق من جهة أخرى لأن ذلك لم يكن داخلاً في الإبراء؛ مثلاً إذا ابرأ أحد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار أنظر المادة (٥١) ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بمزرعة أو بدار أخرى وسائر الأمور فعليه لو ابرأ أحد آخر من العشرة دنانير المقترضة له فلا تسمع بعد ذلك دعواه بتلك العشرة دنانير أما دعواه بعشرة دنانير ثمن مبيع أو جهة حوالة أو غصب فتسمع.

كذلك لو قال أحد؛ ليس لي عند فلان خمسة دنانير أمانة فلا تسمع دعواه المتعلقة بتلك الأمانة أما دعواه بفرس أمانة أو بخمسة دنانير ديناً فتسمع (رد المحتار).

كذلك إذا ابرأ الدائن مدينه من أربعمائة درهم من الألف درهم المطلوبة له من ذمة المدين فليس له بعد ذلك الادعاء بالأربعمائة درهم إلا أن له الحق بطلب ودعوى الستمائة درهم الباقية.

إن هذا الإبراء هو الإبراء الخاص الذي عرف بالمادة (١٥٣٧).

قيل متعلقة بخصوص. لأن الإبراء المتعلق بجميع الخصوصات لا تسمع بعده أي دعوى كما هو مصرح في المادة الآتية.

المادة (١٥٦٥) -(إذا قال أحد: ابرأت فلاناً من جميع الدعاوى أو ليس لي عنده حق مطلقاً يكون ابراءً عاماً فليس له أن يدعي بحق قبل الإبراء حتى لو

ادعى حقاً من جهة الكفالة لا تسمع فعليه لو ادعى بقوله أنت كنت قبل الإبراء كفيلاً فلا تسمع دعواه كذلك لا تسمع دعواه على آخر بقوله أنت كنت كفيلاً لمن ابرأته قبل الإبراء أنظر المادة (٦٦٢).

إذا قال أحد ابرأت فلاناً من جميع الدعاوى أو ليس لي طرفه حق مطلقاً أو ليس لي معه دعوى مطلقاً أو ابرأته من كل حق لي يكون إبراءً عاماً فليس له أن يدعي لنفسه بحق قبل الإبراء مالي أو غير مالي عين أو دين أو كفالة أو إجارة أو حدود أو قصاص أو سرقة أو قذف قليلاً كان أو كثيراً من الحقوق كما أنه تدخل الشفعة بالإبراء العام الحاصل بتلك الالفاظ وتسقط الشفعة قضاء أما ديانة فلا تدخل الشفعة في الإبراء إذا لم تكن مقصودة فيه.

لكن لا تدخل في الإبراء عن جميع الدعاوى الاعيان القائمة فعليه لو تبارأ الزوجان من جميع الدعاوى بعد الإفتراق فإذا وجدت على أرض الزوج مزروعات للزوجة أو أعيان أخرى قائمة فلا تدخل في الإبراء المذكور (تكملة رد المحتار ورسالة الشرنبلالي، وابن عابدين).

إن الفاظ الإبراء في اللغة العربية هي عبارة لا حق لي عليه أو لم يكن لي على هذا شيء. قد قيل عن هذه الألفاظ في البزازية والبحر في كتاب الإقرار والصلح تارة إنها إقرار وتارة إنها إبراء (تكملة رد المحتار في إقرار المريض).

حتى لو ادعى حقاً من جهة ثمن المبيع أو بدل الإجارة أو القرض أو الغصب أو الوديعة أو العارية أو الأرث أو المضاربة أو التركة أو المزرعة أو الدار أو من جهة الكفالة لا تسمع للتناقض إلا إذا كانت حادثة بعد الإبراء فعليه لو ادعى بقوله: أنت كنت قبل الإبراء كفيلاً بالمال أو كفيلاً بالنفس لفلان فسلمني المال المكفول به أو النفس المكفول عنها أو قال له كفلتك بامرك على الدين المطلوب منك لفلان وقد أديته له حسب الكفالة فاده لي لا تسمع دعواه كما أنه لا تسمع دعواه فيما لو ادعى بقوله أنت كنت كفيلاً لمن برأته قبل الإبراء **فأدِّ لي المال المكفول به أنظر المادة (٦٦٢)** (رسالة الإبراء لابن عابدين).

كذلك لو ادعى أحد على آخر بعد أن ابرأه إبراءً عاماً على هذا الوجه بأن له ميراثاً عن مورثه ينظر فإذا كان مورثه قد توفي قبل الإبراء فإبراءه صحيح ولا تسمع دعواه حتى ولو كان يجهل وفاة مورثهم (رسالة الإقرار والبزازية وتكملة رد المحتار قبيل الصلح).

كذلك لو قال أحد: ليس لي قبل فلان دين أو ابرأت فلاناً من ديني أو تركت ديني الذي على فلان أو جعلت ديني على فلان حلالاً له يكون إبراءً عاماً عن المطلوب فلا تسمع دعوى هذا الدين حتى لو قال المبرئ! إنني قصدت بهذا اللفظ الإبراء عن بعض الدين فلا يصدق إلا أنه تسمع دعواه المتعلقة بالأمانات أو الغصب أو الدار أو المزرعة أو الحيوان. لأن الدين من المثليات التي تتعلق بذمة المدين وما ذكر فليس من هذا القبيل.

كذلك لو قال أحد: ليس لي أمانة عند فلان كان ذلك إبراءً عاماً عن الأمانة فلا تسمع دعوى منه تتعلق بالأمانة إلا أنه تسمع دعواه في الجهات الأخرى كالدين أنظر المادة (١٥٦٤).

فلذلك لو ادعى المدعي مالا فدفع المدعى عليه دعواه بقوله إنك ابرأتني من كافة الدعاوى أو أنك قد اقررت بأن لا دعوى ونزاع لك معي وأثبت دفعه هذا يكون قد دفع دعوى المدعي أنظر المادة (١٥٣٨).

إلا أنه إذا ادعى المبرئ الذي ابرأ آخر إبراءً عاماً على هذا الوجه على الآخر بطريق الوكالة أو الوصاية فتسمع الدعوى كما أشير إليه في شرح المادة (البحر). لأن المبرئ إنما ابرأ من حقه فلا يكون في دعواه على هذا الوجه تناقض (تكملة رد المحتار في الإقرار ورسالة الإبراء لابن عابدين) أنظر المادة (١٦٤٩).

المادة(١٥٦٦) - (إذا باع أحد مالا وقبض ثمنه وابرأ المشتري من كافة الدعاوى التي تتعلق بالمبيع والمشتري كذلك ابرأ البائع من كافة الدعاوى التي تتعلق بالثمن المذكور وتعاطيا بينهما وثائق على هذا الوجه ثم استحق المبيع فلا يكون للإبراء تأثير ما ويسترد المشتري الثمن الذي كان اعطاه للبائع أنظر المادة (٥٢).

قاعدة: إن الإبراء الذي ضمن عقد فاسد.

مسائل متفرعة عن هذه القاعدة:

البيع: إذا باع أحد مالاً لآخر على كونه ملكاً له وقبض ثمنه وابرأ المشتري من كافة الدعاوى التي تتعلق بالمبيع وابرأ المشتري كذلك البائع من كافة الدعاوى التي تتعلق بالثمن المذكور وتعاطيا بينهما وثائق على هذا الوجه ثم استحق المبيع وضبط بعد الحلف والحكم فلا يكون للابراء تأثير ويسترد المشتري الثمن الذي كان اعطاه للبائع. راجع المادة (٥٢) أما إذا استحق ثمن المبيع بعد تعاطي سند الابراء فليس له استرداد المبيع بل له اخذ مثل الثمن المذكور انظر شرح المادة (١٥٥٠)

مستثنى؛ يوجد حيلة لعدم ابطال الأبراء الذي يكون ضمن عقد باطل وهو أنه يجب أن يحرر في سند العقد، الابراء كلام جديد ومستأنف يعني يجب أن يقول المبرئ ابرأت إبراءً عاماً مستأنفاً ومستقلاً غير داخل تحت العقد (الخيرية).

الصلح: إذا تصالح المدعي والمدعى عليه وابرأ بعضهما بعضاً ضمن الصلح ثم ظهر فساد الصلح فلا يكون للابراء تأثير وللمدعي أن يدعي بدعواه.

مثلاً لو اقر المدعي في ضمن الصلح بأن ليس له حق في هذا المال ثم ظهر بطلان الصلح كان الإقرار المذكور باطلاً وله الادعاء بذلك المال (ابو السعود).

أما إذا كان المبرئ قد ابرأ (بكلام مستأنف وجديد غير داخل في العقد) أحداً من جميع الدعاوى والخصومات بعد عقد الصلح فاسداً فأن لم يصح الصلح فالإبراء صحيح (رسالة الشرنبلالي)

المادة (١٥٦٧) - (يجب أن يكون المبرأون معلومين ومعينين. بناء عليه لو قال أحد: ابرأت كافة مديني أو ليس لي عند احد حق لا يصح ابراؤه وأما لو قال ابرأت اهالي المحلة الفلانية وكان أهل تلك المحلة معينين وعبارة عن اشخاص معدودين فيصح الأبراء)

يجب أن يكون المبرأون معلومين ومعينين سواء كان الابراء اسقاطاً أم استيفاء. لأن الابراء هو من وجه تمليك ويجب أن يكون المملكون معلومين إلّا أنه لا يجب أن يكون الحق المبرأ منه والمسقط معلوماً فلذلك لا تمنع الجهالة في الدين صحة الابراء.

كذلك إذا حلل أحد آخر من كل حق له قبله يبرأ ذلك حكماً من الحقوق التي لا يعلمها المبريء لأن الابراء اسقاط وجهالة الساقط لا تمنع صحة الاسقاط. لانه متلاش فلا يرد عليه التسليم والتسلم ليفضي إلى المنازعة.

أما ديانة فعند ابي يوسف يبرأ من الحق الذي لا يعلمه وهو الأصح.

أما عند الإمام محمد فلا يبرأ ديانة (رسالة الشرنبلالي والخانية في براءة الغاصب والمدين) فلذلك لو قال احد ابرأت كافة مديني أو ليس لي عند احد حق أو ليس لي دين عند احد أو انني لم ادن احداً أو قال كلما كان لي دين عند احد فقد استوفيته أو قال قد استوفيت مطلوباتي من جميع مديني أو قال استوفيت ديني من جميع الناس أو انني لم ادن احداً من الناس يصح ابراؤه.

كذلك لو قال الوارث قد قبضت جميع تركة مورثي أو قال واحد: ليس لأحد علي دين وليس لي على احد دين أو قال كل شخص مدين لي فهو بريء فلا يكون ذلك ابراء عاماً ولا ابراء خاصاً بل يكون اقراراً مجرداً فلا يمنع صحة الدعوى (رسالة الشرنبلالي والتنقيح).

مثلا. إذا سلم وصي الميت أموال التركة التي تحت يده لولد المتوفي بعد اثبات الرشد واقر الولد قائلا: قد قبضت جميع ما تركه والدي قليلاً أو كثيراً فيكون هذا الاقرار غير صحيح لعدم تضمنه ابراء شخص معين فلذلك لو ادعى ذلك الشخص بعد الابراء المذكور على آخر بحق أو دين فتسمع دعواه كما انه تسمع دعوى الولد الوارث على الوصي بقوله قد بقي في ذمتك من مال التركة كذا ويقبل اثباته (الهندية وتكملة رد المحتار).

أما لو قال أحد: أنني ابرأت اهالي المحلة الفلانية أو انني استوفيت ديوني من اهالي المحلة الفلانية وكان اهالي تلك المحلة اشخاصاً معينين ومعدودين فيصح ابراؤهم ابراء اسقاط وابراء استيفاء. انظر المادة (١٦٤٦).

كذلك لو قال ذو اليد مع عدم وجود منازع ومطالب عن المال الذي في يده: أن هذا المال ليس لي أو ليس هو ملكي أو ليس لي حق فيه فلا يكون ذلك ابراء. لأنه في هذه الصورة لا تثبت هذه الأقوال حقاً لاحد والاقرار للمقر له المجهول باطل والتناقض إنما يمنع إذا تضمن ابطال حق على احد (رسالة الشرنبلالي ورسالة الإبراء لابن عابدين).

المادة (١٥٦٨) - (لا يتوقف الابراء على القبول ولكن يرتد بالرد فلذلك لو ابرأ احد آخر فلا يشترط قبوله ولكن إذا رد الابراء في ذلك المجلس بقوله: لا أقبل الابراء يكون ذلك الابراء مردوداً. يعني لا يبقى له حكم. لكن لو رده بعد قبول الابراء فلا يرتد الإبراء. وأيضاً إذا أبرأ المحال له، المحال عليه أو الدائن الكفيل ورد ذلك المحال عليه أو الكفيل لا يكون الابراء مردوداً).

لا يتوقف الابراء على القبول لأنه اسقاط والاسقاط لا يتوقف على القبول ولكن إذا كان الابراء ابراء من بدل الصرف وبدل السلم فيتوقف على القبول. لان هذا الابراء يتضمن بطلان لعقد والعقد عائد للطرفين (تكملة رد المحتار بزيادة).

ولكن يرتد الابراء برد المبرأ. لأن الابراء عن الدين هو من وجه اسقاط ومن وجه تمليك فلكونه اسقاطاً لا يتوقف على القبول وباعتباره تمليكاً يرتد بالرد. لأن رد المقر له تكذيب للمقر والكذب غير معدود من الحجج (محيط السرخسي في الاقرار) حتى أن المبرأ إذا صدق الابراء بعد رده اياه فلا حكم لذلك التصديق إلّا في الوقف (رسالة الشرنبلالي).

فلذلك لو ابرأ احد آخر فلا يشترط قبول ذلك الشخص وعليه لو قال ذلك الشخص قبلت أو سكت يتم الابراء ويلزم. ولكن إذا كان ذلك الشخص حاضراً أثناء ذلك ورد الإبراء في ذلك المجلس بقوله لا اقبل أو كان غائباً فرد الابراء في المجلس الذي علم فيه بالابراء يكون ذلك الابراء مردوداً بالاتفاق أي لا يبقى له حكم أما إذا لم يرده في ذلك المجلس بل رده في مجلس آخر فلا يكون مردوداً عند بعض العلماء. لأنه لم يبق عليه دين وعند بعض الفقهاء يكون مردوداً لأنه هو المطلوب بالدين (رسالة الشرنبلالي).

فإذا عُدَّ قول المجلة، في ذلك المجلس، قيداً احترازياً فيكون قد اختير القول الأول وهذا هو الظاهر.

أما إذا قيل انه قيد وقوعي فلا يكون منحصراً في القول الأول.

إلّا أن الابراء لا يرد بالرد في ستة مواضع.

اولاً: إذا رد المبرأ الابراء بعد قبوله إياه أو توفي قبل قبوله أو رده له فلا يرتد الابراء لأنه قد سقط الحق بقبول الابراء والساقط لا يعود أنظر المادة (٥١).

ثانياً: إذا ابرأ المحال له المحال عليه.

ثالثاً: إذا ابرأ الدائن أي المكفول له الكفيل ورد ذلك الإبراء المحال عليه أو الكفيل لا يكون الإبراء مردوداً لأن هذين الابرائين هما اسقاط محض وليس فيهما تمليك فلا يمكن رد الاسقاط المحض. لأن تمامه يكون بالاسقاط أنظر شرح المادتين (٦٦٠ و٦٩٩) (تكملة رد المحتار والزيلعي في الكفالة).

رابعاً: إذا قال المدين للدائن أبْرِئْني فأبرأه الدائن ورد المدين الابراء فلا يرتد (الأشباه ورسالة الشرنبلالي).

خامساً: إذا ابرأ الدائن المدين وسكت المدين في مجلس الابراء ورده في مجلس آخر فلا يرد على قول.

سادساً: إذا ابرأ الدائن المدين المتوفي ورد وارثه الابراء فلا يرد على قول محمد. قد بين في شرح (المادتين ٦٦ و٨٤٧) بعض ايضاحات تتعلق بالابراء ومستثنياته.

المادة (١٥٦٩) - (يصح ابراء الميت من دينه)

يصح ابراء الميت من دينه ويستفيد كل الورثة من هذا الابراء ولا تطالب التركة بشيء. أنظر المادة (٥١) وكذا لو كفل بما على الميت من دين بشرط براءة ذمته فأنه يصح (الخانية).

إلّا أنه إذا رد الوارث هذا الابراء فيرد على رأي الإمام ابي يوسف ولا يرد على رأي الإمام محمد. أما إذا لم يبرئ الدائن المتوفي بل ابرأ احد الورثة من دينه في التركة فيصح الابراء في حصة الوارث المبرأ ولا يستفيد الورثة الآخرون منه (الهندية).

مثلاً لو كان على المتوفي دين لاحد (الف درهم) وخلف ولدين فقط وابرأ الدائن أحد الولدين يسقط من الدين خمسمائة درهم فقط حصة الولد المبرأ. ويأخذ الخمسمائة الدرهم الباقية من التركة. أما أذا ابرأ احد الورثة احد مديني مورثه فيصح الابراء في حصة ذلك الوارث فقط كما ذكر ذلك في المادة (١١١) (رسالة الابراء لابن عابدين)

وكذلك الحكم في ابراء الاستيفاء ولذلك لو كان لأحد دين عند آخر (مائة دينار) وتوفي وترك ولدين وأقر احدهما بأن اباه قد قبض خمسين ديناراً في حياته من ذلك الدين فيكون اقرار ذلك الوارث في حق حصته صحيحاً وتكون الخمسون ديناراً الباقية عائدة للوارث الغير مقر. لأن ذلك اقرار بالدين عن الوارث حيث أن الاستيفاء لا يكون مضموناً إلّا بالقبض أنظر شرح المادة (١٨٥) والمادة (١٦٤٢) (الهداية والكفاية).

المادة (١٥٧٠) - (إذا ابرأ أحد أحد الورثة في مرض موته من دينه فلا يكون صحيحاً ونافذاً وأما لو ابرأ اجنبياً لم يكن وارثاً له من الدين فصحيح ويعتبر من ثلث ماله).

اذا ابرأ احد في مرض موته احد ورثته من دينه ابراء اسقاط أو ابراء استيفاء أو أقرّ بأنّه ابرأه في حال صحته فلا يكون الابراء صحيحاً ونافذاً ولو لم تكن التركة مدينة ما لم يجز الوارث الآخر سواء كان الدين اصالة أو كفالة لأن هذا الابراء هو وسيط موجب لبطلان حق الورثة الآخرين. أما إذا افاق المريض بعد ذلك الابراء من مرضه فيكون صحيحاً ونافذاً حيث لم يكن ذلك المرض مرض موت فلا يكون قد تعلق به حق الورثة(تكملة رد المختار)

ويتفرع عن هذه المادة المسائل الآتية:

١ ـ إذا اقر احد في مرض موته بأنه ابرأ احد ورثته في حال صحته لا ينفذ.

٢ ـ إذا اقر أحد في مرض موته بأنه أخذ مطلوبه من فلان الوارث فلا يصح.

٣ ـ ليس للمريض في مرض الموت أن يقبل حوالة الدين الذي هو في ذمة ورثته على آخر.

٤ ـ لا يصح اقرار المريض في مرض موته إذا اقر بأنه استرد وقبض المال الذي غصبه الوارث منه أو المال الذي رهنه للوارث أو المال الذي باعه بيعاً فاسداً وسلمه أو المال الذي وهبه في مرض موته وسلمه (رد المحتار وتكملة رد المحتار في اقرار المريض).

٥ ـ إذا وكل احد آخر في بيع شيء معين وبعد أن باع الوكيل ذلك المال لوارث موكله اقر الموكل في مرض موته بأنه قبض ثمن المبيع أو أن الوكيل بالقبض سلمه اياه فلا يصدق. أما إذا اقر الوكيل في مرض موته حينما كان الموكل غير مريض بأنه قبض الثمن من وارث موكله وأنكر الموكل فيصدق الوكيل. أما اذا كان المشتري وارثاً للوكيل واقر الوكيل بقبض الثمن أثناء مرض موته ومرض موت الموكل فلا يصدق.

٦ ـ إذا اقر المريض في مرض موته بأنه استوفى الدين من كفيل وارثه فلا يصح.

٧ ـ إذا اقر المريض بأن فلاناً الأجنبي قد دفع له تطوعاً الدين المطلوب له من وارثه فلا يصح. لأنه بالاقرار بالاستيفاء من الاجنبي يبرأ الوارث من الدين. ففي هذا الاقرار ايصال نفع إلى الوارث (تكملة رد المحتار).

ويشار بقوله في هذه المادة (احد ورثته) أنه لو اقر احد في مرض موته بأن استوفى دينه العشرة دنانير من بنته المتوفية صح الاقرار لأن الميت غير وارث (الدر المختار)

توجد الحيلة الآتية؛ لو ابرأ المريض وارثه بقوله ليس لي على هذا المطلوب شيء أوليس لي عليك أي شيء كان الابراء صحيحاً قضاء ويخلص من المطالبة وليس للورثة الآخرين المطالبة بشيء (البحر) وأن لم يخلص ديانة من المطالبة (تكملة رد المحتارة وصرة الفتاوى في اقرار المريض).

مثلاً: لو اقر الابن في مرض موته بأن ليس لتركة والدته شيء في ذمة والده كان صحيحاً. أما إذا ابرأ والده من ذلك أو وهبه لوالده فلا يصح. كما أنه لا يصح أيضاً إذا اقر بأنه قبضه من والده، وحكمة صحة الابراء بأمثال هذه الألفاظ هي أن في صور النفي هذه يتمسك النافي ببراءة الذمة وفي تكملة رد المحتار في اقرار المريض تفصيل المسألة فليراجع.

أما إذا لم يكن للمريض الذي ابرأ وارثه وارث غيره فالابراء صحيح (التكملة).

أما إذا ابرأ الاجنبي الذي لم يكن وارثه من الدين فابراؤه صحيح فاذا لم يجز الورثة يكون معتبراً في ثلث ماله وإذا كان ممكناً اخراج ذلك من ثلث التركة بعد إيفاء الدين نفذ الابراء أما إذا اجاز الورثة الابراء يكون معتبراً في كل المال ما لم تكن التركة مستغرقة بالديون أنظر المادة الآتية.

مستثنى: ونستثني المسألة الآتية من أنه يعتبر إبراء الأجنبي وهي: إذا كفل الوارث الأجنبي في دين المريض فلا يصح إبراء الأجنبي حيث إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

إن الإبراء المذكور في هذه الفقرة هو إبراء إسقاط. أما إبراء الاستيفاء فسيأتي تفصيله في المادة (١٦٠٣).

المادة (١٥٧١) - (إذا أبرأ من كانت تركته مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مدينيه لا يصح إبراؤه ولا ينفذ).

إذا أبرأ من كانت تركته مستغرقة بالديون أي الذي ديونه مساوية لتركته أو أزيد منها في مرض موته أحد مدينيه أو جميعهم لا يصح إبراؤه ولا ينفذ في جميع ماله أو في ثلثه ما لم يجز الغرماء. لأن هذا الإبراء هو وصية والوصية مؤخرة عن تأدية الدين ففي هذه الصورة لا يجوز إبراؤه لكل الدين أو من بعضه

تاريخ الإرادة السنية: ٦ شوال سنة ١٢٩١

خلاصة الابراء

تقسيمه

الوجه الأول باعتبار الماهية: (١) إبراء الإسقاط هو حط وتنزيل قسم من الحق الذي في ذمة شخص أو كله.

(٢) إبراء الاستيفاء هو عبارة عن بيان استيفاء حق. وهو نوع من الإقرار انظر المادة (١٥٧٢)

الفرق: (١) إن إبراء الإسقاط إنشاء وإبراء الاستيفاء أخبار فلذلك لا تسمع في الأول دعوى الكذب وتسمع في الثاني (٢) يسترد في إبراء الإسقاط تأدية المدفوعات السابقة ولا تسترد في إبراء الاستيفاء وفي هذا الحال الأول أكثر والثاني أقل.

٢ - بعض ألفاظ الإبراء: تكون شاملة لجميع الحقوق كقوله لا حق لي قبل فلان. ولجميع الديون كقوله هو برئ مما لي عليه. ولجميع الامانات كقوله هو بريً ممالي عنده.

٣ - الإبراء العام قسمان: (١) يكون عاماً في كافة الحقوق كقوله لا حق لي قبل فلان أو عاماً في كافة الدعاوي (٢) أو عاماً في نوع من الحقوق كقوله ليس لي عند فلان حق (ويشمل الامانات).

الإبراء الخاص (١) الإبراء من دعوى مال مخصوص (٢) الإبراء عن ذات المال المخصوص وهذا أما أن يكون خاصاً بالدين كقوله (ابرأت زيداً من دين كذا) وأما أن يكون خاصاً بالعين (وهو غير صحيح) وأما خاصاً بالحق كقوله بعد ثبوت الشفعة قد أبرأتك من حق شفعتي في العقار.

الوجه الثاني باعتبار المتعلق (١) إبراء متعلق بالدعوى (٢) إبراء متعلق بنفس الدين وهذان صحيحان (٣) إبراء على وجه الإنشاء متعلق بالعين المضمونة (فهو من حيث الدعوي باطل إلّا أن من حيث نفي وصف الضمان صحيح (٤) إبراء على وجه الأخبار متعلق بالعين المضمونة (٥) إبراء متعلق بعين الإمانة (فهو باطل ديانة إلّا أنه صحيح قضاء) (٦) إبراء متعلق بالحقوق الأخرى مادة ٢٦٥١.

أحكام الإبراء

يسقط الحق المبرأ منه (١) إذا كان قابلاً للإسقاط (٢) إذا وقع الإبراء مشروعاً (٣) إذا لم يكن لفظ الإبراء مقيداً بقيد يفيد الشك (٤) إذا كان الإبراء غير معلق بشرط.

٢ - الإبراء يشمل ما قبله ولا يشمل ما بعده إلّا أنه يجب أن يكون المبرأ معيناً ومعلوماً

٣ - يكون الإبراء الذي ضمن عقد فاسد فاسد.

٤ - لا يتوقف الإبراء على القبول[1] لأنه من وجه إسقاط إلّا أن يرتد بالرد [2] ولأنه من وجه تمليك.

٥ - لا يصح للمريض إبراء أحد ورثته أما إذا أبرأ أجنبياً يكون معتبراً في ثلث ماله إذا لم يجزه الورثة[3].

مستثنيات:

(١) يتوقف الإبراء على القبول في بدل الصرف وبدل السلم. لأنه متضمن بطلان العقد.

(٢) ١ لا يرتد بالرد.

٢و٣ إذ أبرأ المحال له المحال عليه والمكفول له الكفيل ورد المحال له والكفيل الإبراء فلا يرد. لأن هذا الإبرأ إسقاط محض.

٤ إذا أبرأ الدائن المدين بطلب من المدين ورد المدين الإبراء بعد ذلك فلا يرد

٥ إذا رد المدين الإبراء في مجلس آخر بعد سكوته في مجلس الإبراء فلا يرد الإبراء على قول

٦ إذا أبرأ الدائن المتوفى من الدين ورد الوارث الإبراء فلا يرد الإبراء على قول محمد.

(٣) إذا كان الوارث كفيلا للأجنبي المدين للمريض فلا يصح إبراء الأجنبي. لأن براءة الأصيل تستلزم براءة الكفيل.

الكتابُ الثالث عَشر

الإقْـــرار



الكتابُ الثالث عَشر

الإقـــرار

أقر بوحدانية الله إقراراً عاماً في أول ما اتفوه واتخذه واعده ذخر يوم لا ارتياب فيه. واستودعه عند ذي عدل لا شريك له. واحمده واشكره وابرأ إلى حوله وقوته من كل حول وقوة. وأصلي وأسلم على رسوله محمد الذي اعتنى بشأنه ونوه. صلاة وسلاماً يناسبان سموه وعلوه: وعلى آله وأصحابه أضواء الدين وأنواره.

الكتاب الثالث عشر

في الإقرار ويشتمل على أربعة أبواب

مشروعية الإقرار، ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول.

الكتاب ـ قوله تعالى ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾ والمقصود منها الإقرار

السنة ـ هو كون النبي (ﷺ) قد أمرنا بإجراء الحد الشرعي على رجلين أقرا بفعل موجب للحد الشرعي (الهداية والكفاية).

إجماع الأمة ـ قد حصل إجماع الأمة على كون الإقرار حجة في حق المقر وعلى إجراء القصاص والحدود في حق المقر عليه فإذا كان الإقرار حجة في الحدود والقصاص فهو حجة في حق المال بطريق الأولى.

المعقول ـ وإن كان الإقرار دائراً بين الصدق والكذب إلّا أن المال هو محبوب المرء طبعا، وبما أن العاقل بسبب كمال عقله وديانته لا يقر بشيء كاذب يوجب الضرر لنفسه أو ماله، وحيث ان للإنسان الولاية على نفسه فلا يكون في إقراره تهمة فلذلك رجحت جهة الصدق للإقرار الذي يقر فيه شخص على نفسه وأصبح ذلك الإقرار حجة ودليلاً على المقر (تكملة رد المحتار والعيني).

الباب الأول

(في بيان شروط الإقرار)

المادة (١٥٧٢) ـ (الإقرار هو اخبار الإنسان عن حق عليه لآخر ويقال لذلك مقر. ولهذا مقر له وللحق مقر به).

الإقرار لغة. إثبات الشيء المتزلزل الغير المستقر. وهذا المعنى هو موجود أيضاً في المعنى الشرعي للإقرار لأنه إذا حصل الإقرار الشرعي يكون قد أثبت الحق الذي كان غير مستقر بين الإثبات والنفي. ومعناه الشرعي. هو اخبار الإنسان عن حق عليه لآخر واجب التسليم للمقر له. وبتعبير عن حق عليه لآخر يخرج عن الإقرار الدعوى والشهادة والتعليق لأن الدعوى عبارة عن اخبار أحد عن حقه من آخر، كما أن الشهادة هي اخبار شخص عن حق شخص عند شخص آخر.

ويفهم من عبارة (واجب التسليم) أنه يشترط أن يكون الحق من الحقوق التي يجب تسليمها للمقر له، فلذلك لو أقر أحد بأنه غصب من آخر قبضة تراب وحبة حنطة فلا يصح. لأنه لا يجب تسليم ذلك المقر به للمقر له (تكملة رد المحتار).

إلّا أنه إذا قيد التعريف بهذا القيد فلا يشمل الإقرار الحق المقر به الذي هو من قبيل الإسقاطات ولا يكون جامعاً لافراده.

ويستفاد من ذكر عبارة حقه بصورة مطلقة المسائل الآتية:

(١) يشمل الحق المقر به الذي يكون من قبيل الإسقاطات والحق المقر به الذي لم يكن من هذا القبيل.

إن التصرفات، كما تقرر في كتب أصول الفقه، اما أن تكون إثباتاً كالبيع والإجارة والهبة. واما أن تكون إسقاطاً كالطلاق والعفو والقصاص. فهذا التعريف يشمل الاقرار بالتصرفات التي هي من قبيل الإثباتات. مثلاً لو قال أحد: إن هذا المال لفلان وقال: إنني مدين لفلان بألف درهم يكون قد أخبر بان المال المذكور هو حق لذلك الشخص.

كذلك لو قال، قد أخذت مطلوبي الألف درهم من فلان أو قال قد أبرأته من ذلك المبلغ يكون قد أقر لك بعدم وجوب مطالبته بحقه من ذلك الشخص (تكملة رد المحتار)[1].

---

(١) فيه أن هذا ليس حقاً يلزم التسليم (الشارح).

(٢) يشمل ذلك الحق الدين والعين كالمغصوب وألفاظ عليَّ وله قبلي من الألفـاظ التي تستعمل في الإقرار بالدين ما لم يفسر المقر، متصلاً بالإقرار، ذلك بالامانة. وألفاظ عندي ومعي وفي بيتي وفي كيسي. من الألفاظ التي تستعمل في الإبراء من الأمانة حملاً بالعرف: لأن الكل إقرار بكون الشيء في يده. وذا يكون أمانة لأنه قد يكون مضموناً وقد يكون أمانة وهذه أقلها (تكملة رد المحتار وفيه تفصيل والبحر والزيلعي).

اخبار ـ قد حصل خلاف بين الفقهاء في هل أن الإقرار اخبار أو إنشاء فقال بعضهم بأنه اخبار وقال الآخرون: إنه تمليك في الحال أي إنشاء وفد جمع الدمرداش وغيره من الفقهاء بين هذين القولين وقال بأن الإقرار هو من وجه اخبار ومن وجه إنشاء وفرع عن الجهتين بعض المسائل.

يوضح على الوجه الآتي كون الإقرار هو من وجه اخبار.

مثلاً لو قال أحد: إن هذا المال هو لفلان فمعنى ذلك بأن ملك ذلك الشخص هو ثابت في ذلك المال أي أن ذلك المال هو ملك ذلك الشخص قبل الإقرار وليس معناه بأن المال المذكور كان ملكاً للمقر فجعل بسبب الإقرار الواقع ملكاً للمقر له (تكملة رد المحتار).

أما لو قال أحد أن ملكي هذا هو لفلان فيكون المنشئ بهذا القول قد أثبت الملكية للمقر له ووهبه إياه. ولكن لو قال إن هذا المال لفلان فالمظهر هو أن ذلك الشخص قد أظهر أن ذلك المال هو في الأصل لذلك الشخص (رد المحتار قبيل الصلح).

المسائل التي تتفرع على كون الإقرار اخباراً هي:

١ - لا يشترط أن يكون المقر به ملكاً للمقر وقت الإقرار فلذلك يصح الإقرار إذا كان المقر به ملكاً للمقر لو كان ملكاً لغيره. فعليه لو أقر أحد بأن المال الذي هو ملك لشخص هو ملك لشخص آخر كان الإقرار صحيحاً. فإذا ملك ذلك الشخص المقر به في وقت من الأوقات بطريق الشراء أو الهبة والتسليم أو الأرث فللمقر له أن يأخذ ذلك الشيء منه حتى أن المقر إذا ملك ذلك المال بعد الإقرار فلا تصح تصرفاته فيه وتنقض (تكملة رد المحتار). فلو كان الإقرار إنشاء لكانت الهبة الواردة في المادة (٨٥٧) غير صحيحة ويستغني عن البيان بأن إقرار المقر لا تأثير له على ذلك الشخص انظر المادة (٧٨)[1].

كذلك لو ادعى أحد بمال وشهد آخر على دعواه وبعد رد شهادته ملك ذلك المال بطريق الشراء أو الهبة والتسليم أو الارث يؤمر ذلك الشخص بتسليم ذلك المال للمقر له (أبو السعود) لأن الشهادة كما ذكر في المادة (١٦٨٤) في اخبار.

٢ - إذا أقر المريض في مرض موته بجميع أمواله لأجنبي فهو صحيح كما هو مذكور في المادة

(١) أي على المالك لذلك المال (المعرب).

(١٦٠٠) ولا يكون موقوفاً على إجازة الورثة فلو كان ذلك الإقرار تمليكاً لكان يجب أن يصح عند عدم الإجازة في ثلثه فقط انظر المادتين (٣٩٤ و٨٧٩).

٣ - لا يصح خيار الشرط في الإقرار. يعني لو أقر أحد بشيء على أن يكون مخيراً كذا يوماً بأن قال: إنني مدين لفلان بألف درهم على أن أكون مخيراً ثلاثة أيام فيكون إقراره صحيحاً والشرط باطل ولو صدق عليه المقر له ويلزم المال المقر به. لأن الخيار للفسخ أما الإقرار فهو اخبار فإذا كان الخبر صادقاً فيكون واجب العمل به سواء اختار المخير أو لم يختار وإذا كان كاذباً فهو واجب الرد فلذلك لا يتغير حكم الإقرار بالاختيار أو عدمه فعليه لم يجز الخيار بالإقرار إلاّ أنه إذا أقر بالبيع بالخيار فالخيار صحيح باعتبار العقد فإذا صدق المقر له الخيار أو أثبته المقر لزم الخيار. لأن الخيار من العوارض فيجب التصديق أو البيان فيه. فلذلك لو أقر أحد بدين لزمه بسبب كفالة كان مخيراً فيها لمدة معلومة (ولو كانت مديدة) كان صحيحاً إذا صدق الدائن الخيار أو أثبت المقر الخيار (تكملة رد المحتار وتكملة الفتح في الإقرار).

٤ - يصح إقرار الحصة المشاعة في المال القابل القسمة كما سيذكر في المادة (١٥٨٥) فلو كان الإقرار إنشاء وهبة لما جاز انظر المادة (٥٥) وشرح المادة (٨٥٨) (تكملة رد المحتار).

٥ - لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له كما سيبين في المادة (١٥٨٠) فلو كان إنشاء وهبة للزم القبول والقبض انظر المادة (٨٥٧) (تكملة رد المحتار).

٦ - إقرار الخمر للمسلم صحيح حتى أنه يجبر المقر على تسليمه للمقر له فلو كان الإقرار إنشاء وتمليكاً ابتداء لما صح (تكملة رد المحتار).

٧ - لا يصح الإقرار بالطلاق بالإكراه حالة كونه يصح إنشاء الطلاق مع الإكراه لأن مدلول الإنشاء لا يتخلف عنه. أما الاخبار فحيث إنه يحتمل الصدق والكذب فمن الجائز تخلف مدلوله عنه (تكملة رد المحتار) وإن وقوع الإكراه دال على ترجيح طرف الكذب.

٨ - إذا أقر أحد كاذباً بمال للغير فلا يحل للمقر له ديانة أخذ ذلك المال جبراً. أما إذا سلم المقر المقر به للمقر له بطيب نفسه يكون في تلك الحال هبة ابتداء (تكملة رد المحتار).

مثلاً: لو قال أحد لآخر: إنني مدين لك بألف درهم وكان في الحقيقة لا يوجد أي معاملة بين ذلك الشخص وبين الآخر وغير معلوم ثبوت حق معلوم فلا يحل للمقر له أخذ المبلغ المذكور من غير رضاء المقر (جامع أحكام الصغار) فلو كان إنشاء وهبة لأصبح حلالاً للمقر له بعد التسليم. لأن الهبة من أسباب الملك انظر المادة (١٢٤٨).

٩ - لو أقر أحد بأن ملك الغير المعلوم وقفاً ثم اشتراه بعد ذلك الإقرار فيؤاخذ المقر بزعمه ويلزم بإقراره. أما لو غصب أحد عقار الآخر ووقفه ثم اشتراه فلا يصح وقفه السابق. والفرق هو أن فعل الغاصب كان إنشاء في ملك الغير فوقفه غير صحيح. لأن صحة الوقف مشروطة بملكية

الواقف للموقوف حين الوقف وإقرار الوقف هو اخبار وليس إنشاء (تكملة رد المحتار).

١٠ - لو أقرت المرأة بالزوجية من غير شهود كان صحيحاً فلو كان إنشاء لما صح لأنه يشترط في إنشاء عقد النكاح وجود شاهدين (الدر المختار).

١١ - لا يكون الإقرار سبباً للملك فلذلك إذا ادعى المقر له على المقر بالمقربه بسبب أن المقر أقر به وبدون أن يقول في دعواه أن المال ماله فلا تسمع دعواه كما سيبين في المادة (١٦٢٨) لأن الإقرار اخبار فلا يكون سبباً للزوم المقر به على المقر وحيث إن المقر له يعلل في دعواه بلزوم المدعي به على المقر بإقراره فيكون كانه يطالب المقر للمقر به استناداً على سبب لا يلزم به المقر وهذا باطل (تكملة رد المحتار).

١٢ - إذا ادعى المدعي بقوله: هذا المال لي حتى أن المدعي عليه قد أقر بأنه ملكي وأنكر المدعي عليه إقراره يحلف المدعي عليه على كون المدعي به ليس ملكاً للمدعي ولا يحلف على كونه لم يقر لأن الإقرار ليس سبباً للملك (تكملة رد المحتار).

١٣ - لو أقر الصبي المأذون بأن المال الذي في يده هو للغير كان صحيحاً انظر المادة (١٥٧٣) فلو كان إنشاء وهبة لما صح انظر المادة (٨٥٩) (البحر).

ويتفرع على كون الإقرار إنشاء المسائل الآتية.

١ - إن حكم الإقرار لا يظهر بالزوائد الثابتة بالاقرار. مثلاً لو أقر أحد بأن الفرس التي في يده ملك لآخر فتعطى الفرس وحدها للمقر له وليس للمقر له أخذ فلوها فلو كان هذا الإقرار اخباراً للزم أن يأخذ المقر له الفلو مع الفرس. لأنه ما دامت الفرس ملكاً للمقر له فزوائدها إنما هي حاصلة من تلك الفرس فيجب أن تكون ملكاً للمقر له. إلّا أنه إذا ثبت المدعي بالبينة أن الفرس ملكه فيستحق فلوها الذي تولد أثناء وجود الفرس في يد المدعى عليه انظر المادة (١٠٧٤) ولذا قلنا إن الباعة يتراجعون فيما بينهم بخلاف الإقرار حيث لا يتراجعون (تكملة رد المحتار وابن عابدين على البحر).

٢ - يرد الإقرار برد المقر له ولا يصح القبول بعد الرد انظر المادة (١٥٨٠) فلو كان الإقرار اخباراً كالهبة لكان القبول صحيحاً مؤخراً (تكملة رد المحتار).

ويقال لذلك مقر بصيغة اسم الفاعل ولهذا مقر له بصيغة اسم المفعول وللحق مقر به كذلك بصيغة اسم المفعول.

سؤال ـ قد ذكر في المادة (١٥١٧) بأن للوكيل أن يقر على موكله؛ وبتعبير آخر بأن الإقرار المذكور هو من أفراد المعرف إلّا أنه بتعبير اخبار الإنسان عن حق عليه يخرج من التعريف إقرار الوكيل في حق الموكل وينتقض التعريف؟

الجواب ـ إن الوكيل يقوم مقام الموكل وكأن الإقرار المذكور صادر من الموكل فيدخل في التعريف (مجمع الأنهر).

ركن الإقرار وتقسيمه ـ ركنه هو اللفظ الذي يدل على الإقرار أو الشيء الذي في حكم اللفظ كقوله إنني مدين لفلان بألف درهم. لأنه بهذا اللفظ ينكشف ويظهر الحق (تكملة رد المحتار).
الإقرار على قسمين:

القسم الأول: الإقرار العام. يكون بقوله: بأن ما في يدي من قليل وكثير حيوان ومتاع أو أن جميع الأموال المنسوبة لي والأشياء هي لفلان وهذا الإقرار صحيح وقد وضع موضع البحث في المادة (١٥٩١).

القسم الثاني: الإقرار الخاص. إقرار إن هذه الدار أو أن هذا المال الذي ينسب لي هو لفلان.

المادة (١٥٧٣) ـ (يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلذلك لا يصح إقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم. ولكن الصغير المميز المأذون هو في حكم البالغ في الخصوصات التي تصح مأذونيته فيها).

يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلذلك لا يصح إقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة ولو أجازه الولي أو الوصي انظر المواد (٩٥٧ و٩٦٦ و٩٦٧).

لأن التزام الأهلية منعدم فيهم والنائم والمغمى عليه كالمجنون فلذلك لا يؤاخذ النائم في الإقرار الواقع منه في حالة نومه لأن الأحكام مرتفعة عن النائم (تكملة رد المحتار والزيلعي). فعليه لو سأل أحد آخر غير عاقل وهو يهذي هل أنت مدين لفلان بكذا ديناراً؟ فأجاب بقوله: نعم: لا يصح إقراره.

كذلك لو أقر أحد في حال صبوته بأنه مدين لفلان بعشرة دنانير وادعى المقر له بأن المقر أقر بعد البلوغ فالقول مع اليمين للمقر لأن المقر قد أضاف الإقرار إلى حال الصباوة المنافية للضمان أما البينة فللمقر له.

كذلك لو أبرز المدعي عليه سند الإبراء وادعى المدعي بأنه كان صبياً وقت الإبراء فالدفع صحيح. لأن المدعى قد أسند البراءة إلى الحالة المعهودة المنافية لصحتها (جامع أحكام الصغار والصرة).

مستثنى ـ إقرار السكران بطريق محظور المتعلق بالمعاملات صحيح (مجمع الأنهر)[1].

ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم. لأن الإقرار حجة قاصرة انظر المادة

---

(١) الا فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وإن سكر بطريق مباح كشربه مكرهاً لا يعتبر بل هو كالإغماء ولو شرب مضطراً أو شرب دواء أو شرب ما يتخذ من الحبوب والعسل (مجمع الأنهر).

(٧٨) فلذلك إذا أقر ولي الصبي عن الصبي بأنه مدين لفلان بكذا لا يصح. وليس للمقر له استناداً على هذا الإقرار أن يأخذ المقر به من مال الولي أو من مال الوصي (الزيلعي).

كذلك لا يعتبر إقرار الوصي فيما لو أقر بقوله: أن المتوفي مدين لفلان بكذا درهماً أو أن هذه العين الموجودة في التركة لفلان أو أن المتوفي قد أوصى لفلان فلا يعتبر ولا يخرج الوصي بإقراره هذا عن أن يكون خصماً للمدعي أي أنه لا تجري حكم المادة (١٥١٨) هنا فإن أقام عليه الغريم بينة بالدين الذي أقر به قبل بينته أما إذا كان الوصي وارثاً فيصح إقراره بدين المتوفي حسب وراثته (آداب الأوصياء والتنقيح).

مستثنى - يستثنى من هذه الفقرة مسألتان:

(١) - إذا كان حق ومطلوب الصبي تعلق في ذمة المدين بمباشرة الولي أو الوصي فيصح إبراء الوصي أو الولي لذلك المدين أو إقرارهما بأنهما استوفيا ذلك الحق منه إلّا أن الولي والوصي يضمنان ذلك الصبي.

مثلًا لو أجر ولي الصبي دار الصبي لآخر بكذا درهماً ثم أقر بأنه قبض بدل الإجار من المستأجر كان صحيحاً ويضمن بدل الإيجار للصبي إن كان يتقاضاه من المستأجر انظر المادتين (١٥٤٠ و١٦٣٤) (الزيلعي وآداب الأوصياء).

(٢) - لو توفي أحد عن ولدين أحدهما كبير والآخر صغير فقال وصي الصغير المختار: اشهدوا بأني قد تقاسمت التركة مع الولد الكبير وأخذت حصة الصغير منها ثم تلفت في يدي بلا تعد ولا تقصير وعندما بلغ الصغير ادعى بأن وصيه لم يقبض من شريكه (أخيه الكبير) ومن التركة شيئاً وطلب مشاركته بما في يده من المال فإذا كان الوصي قد قال هذا القول في حال صغر المدعي فليس للصغير البالغ حق المشاركة في المال الذي تحت يد أخيه (آداب الأوصياء).

أما الصغير المميز المأذون والمعتوه المأذون فهما في حكم البالغ في الخصوصات التي تصح فيها مأذونيتهما. والخصوصات المذكورة هي التجارة كالبيع والشراء والتي هي من ضروريات التجارة كالدين والوديعة والغصب والعارية فلذلك لو أقر الصبي والمعتوه المأذونان بأمر يتعلق بالخصوصات المذكورة يصح إقرارهما. لأن الصغير المأذون في تلك الخصوصات ملحق بالبالغ. إذ إعطاء الأذن له دليل على كونه عاقلاً (تكملة رد المحتار) لأنه لو لم يصح إقرارهما في تلك الخصوصات لابتعد الناس عن معاملتهما فلذلك قد عد إقرارهما بتلك الخصوصات من لوازم التجارة (الزيلعي وتكملة رد المحتار).

ولو أقر الصبي المأذون بما ورث عن أبيه أو غيره صح اقراره في ظاهر الرواية. لأن الحجر ارتفع بالإذن فصار كالبالغ وعن الإمام أنه لا يصح في الارث لأن الحاجة في صحة الإقرار بما معه للحاجة إليه للتجارة ولا حاجة في الموروث (مجمع الأنهر) أنظر شرح المادة (٩٧٢).

إن هذه الفقرة هى متفرعة على كون الإقرار اخباراً فلو كان الإقرار انشاء لوجب أن يكون

إقرار الصبي المأذون هبة والحال أن الصبي غير أهل للهبة أنظر المادة (٨٥٩) وشرح المادة (١٥٧٢).

أما إقرار الصغير المأذون في الأمور التي لا تصح فيها مأذونيته كالكفالة والمهر والجناية فغير صحيح مثلاً لو أقر الصبي بأنه كفيل لفلان فلا يصح أنظر المادة (٦٢٨).

لأن الكفالة تبرع ابتداء كما أن المهر هو مبادلة مال بغير مال والجناية لا تتضمن المبادلة مطلقاً فلذلك لا تعد هذه الأمور من أمور التجارة التي هي مبادلة مال بمال (الزيلعي).

المادة(١٥٧٤) - (لا يشترط أن يكون المقر له عاقلاً بناء عليه لو أقر أحد للصغير الغير مميز يصح ويلزمه اعطاء ذلك المال).

لا يشترط أن يكون المقر له عاقلاً لأن الإقرار لا يتوقف على القبول فلو كان الإقرار يتوقف على القبول لوجب أن يكون المقر له عاقلاً لأن غير العاقل ليس أهلاً للقبول. فلذلك لو أقر أحد للصغير المميز أو للصغير الرضيع أو للمجنون يصح الإقرار ولو بين المقر سبباً لا يمكن للمقر له عمله أي أن بيان السبب على ذلك الوجه لا يمنع حجية الإقرار.

مثلاً لو أقر أحد بأنه استقرض من الرضيع ألف درهم أو أنه اشترى من الرضيع داراً بألف درهم فالإقرار صحيح ويؤخذ المبلغ المذكور منه بدون أن يكون عدم اقتدار الرضيع على الاقراض مانعاً لصحة الإقرار. لأن قوله استقرضت من الرضيع أو اشتريت منه يحمل على معنى استقرضت **أو اشتريت من ولي أو وصي الرضيع. ويعد جائزاً بإضافته للصغير أنظر المادتين (٦٠ و٦١) (الحموي وجامع أحكام الصغار وتكملة رد المحتار) ويلزم المقر حسب المادة (١٥٨٧) اعطاء ذلك المال للمقر له.**

وقوله في هذه المادة (الصغير الغير مميز) ليس للاحتراز من الجنين لأن المقر له يجوز أن يكون جنيناً إذ يوجد ثلاث صور في إقرار المال للجنين:

الصورة الأولى - ابهام الإقرار كقول المقر: إنني مدين لحمل فلان بكذا درهماً فعند أبي يوسف أن هذا الإقرار الذي لم يبين فيه سبب صالح كالارث والوصية أو سبب غير صالح كالبيع والشراء غير صحيح. لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى سبب التجارة ويكون من قبيل الصورة الثالثة الآتية [1]

وأما عند محمد فالإقرار الذي يقع على الصورة المذكورة صحيح ويحمل على السبب الصالح. إلا أن الفقهاء رجحوا قول الامام أبي يوسف (تكملة رد المحتار).

الصورة الثانية - الإقرار ببيان سبب صالح. ان هذا الإقرار صحيح بالإجماع.

مثلاً لو قال أحد: ان هذا المال هو لحمل المرأة الفلانية. لأن والده توفي وتركه ميراثاً له. أو

(١) ولذا حمل اقرار المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به ويصح فكذا هذا (الدرر والكفاية)

قال إنني استهلكت من مال مورثه كذا درهماً أو قال أن فلاناً أوصى به للجنين كان إقراره صحيحاً (البحر والكفاية) وفي هذه الحالة إذا أقر لحمل امرأة ذات زوج وولدت الحامل لمضي ستة أشهر من الإقرار أو في أقل من ستة أشهر ولداً حياً وكذلك إذا أقر للمعتدة التي لم تكن ذات زوج فولدت في تمام السنتين أو في أقل من السنتين ولداً حياً فيكون المال له وإذا ولدت توأمين وكانا بنتين أو ذكرين يأخذا المال مناصفة سواء كان ارثاً أو وصية إذ لا فرق في ذلك لأن المال هو للحمل والحمل هو مجموعهما وليس لأحدهما رجحان على آخر (تكملة رد المحتار).

أما اذا كان أحدهما بنتاً والآخر ولداً فيأخذا المال في الميراث ثلثاً وثلثين وفي الوصية مناصفة.

أما إذا تولد الحمل بعد مدة زائدة عن تلك المدد فلا يكون المقر به للحمل لأنه في هذه الصورة لا يثبت وجود الجنين وقت الإقرار لا حقيقة ولا حكماً كذلك إذا ولد الجنين ميتاً يملك المقر به ويرد المقر به لورثة المورث أو الموصي (الزيلعي وتكملة رد المحتار وابن عابدين على البحر). لأن الجنين لا يكون اهلاً لأن يكون وارثاً أو مورثاً أو موصى له إذا لم يولد حياً (التكملة).

الصورة الثالثة - الإقرار ببيان سبب غير صالح. إن هذا الاقرار غير جائز بالإجماع. مثلاً لو قال المقر: إن هذا المال هو لحمل فلانة. لأنني كنت بعت هذا المال له أو وهبته له فلا يصح أنظر المادة (١٥٧٧).

ولا يمكن أن يحمل قوله بانني بعت المال له بمعنى انني بعته لوليه لأنه ليس للأب ولاية على الجنين وسببه أن الجنين من وجه أصل ولذلك تصح الوصية له ومن وجه تابع للأصل وجزء من أمه فلا تصح الولاية عليه حتى أنه لو اوصى أحد بمال معلوم لحمل وبعد وفاة الموصي تصالح ابو الحمل عن الوصية المذكورة مع ورثة الموصي كان الصلح غير صحيح. وبهذه ظهر خطأ من افتى أن الوصي يملك التصرف في المال الموقوف للحمل.

سؤال: إن بيان السبب الغير صالح هو رجوع عن الاقرار فلا يصح.

الجواب: إن الرجل الجاهل ظناً منه بأن الولاية ثابتة على الجنين يتعامل مع من يظن ولياً وبعد ذلك يقر بذلك المال للجنين حسب ظنه ويبين سبب الإقرار ثم يظهر له بطلان السبب فلذلك فإن بيان السبب منه ليس رجوعاً عن الإقرار بل هو بيان وإيضاح لكلامه ولذلك يقبل (الكفاية والحموي).

المادة (١٥٧٥) - (يشترط في الإقرار رضاء المقر فلذلك لا يصح الإقرار الواقع بالجبر والإكراه راجع المادة ١٠٠٦).

يشترط في الاقرار (اولاً)رضاء المقر (ثانياً) عدم وجود التلجئة والمواضعة فلذلك لا يصح ولا ينفذ الإقرار الواقع بالجبر والإكراه راجع المادة (١٠٠٦) لأن الإقرار خبر محتمل الصدق والكذب ففي حالة الاخبار يرجح طرف الصدق على جانب الكذب ويكون حجة.

أما وقت الإكراه فيترجح بالعكس أي جانب الكذب على طرف الصدق أي لا يكون صحة أنظر المادة (١٧).

فعلى ذلك لو أقر الرجل المتهم بسرقة بالجبر والإكراه على كونه سرق كذا مالا فلا يعتبر، وكذلك لو أقر واحد بانه مدين لفلان بألف درهم أو أقر بأنه استوفى دينه وكان إقراره واقعاً بإكراه معتبر فلا يصح إقراره.

وعبارة لا يصح الواردة في هذه المادة هي بمعنى لا ينفذ فلذلك يكون المقر المكره بعد زوال الإكراه خيراً إن شاء بين بأنه كاذب في إقراره الواقع بإكراه ويحلف بعد ذلك المقر له على الوجه المذكور في المادة (١٥٨٦) ولا يعمل بإقراره. وإن شاء ذكر بأنه صادق في اقراره الواقع بإكراه، أنظر شرح المادة (١٠٠٩) **(القهستاني)**.

كذلك لا يصح الإقرار الواقع على طريق التلجئة والمواضعة، (التلجئة) أن يقول لآخر سأقر لك علناً بكذا مالا إلا أن إقراري هذا فاسد ويتفق معه على ذلك ثم يقر فلا يكون حكم لذلك الإقرار. فعلى ذلك إذا ادعى المقر أن اقراره تلجئة ومواضعة وفسر المواضعة وأقام البينة على ذلك تقبل بينته إلا أنه إذا ادعى المقر الهزل والتلجئة وادعى المقر له الجد فالقول لمن يدعي الجد والبينة على الآخر. أنظر شرح المادة (١٥٧٨).

المادة(١٥٧٦) - (يشترط أن لا يكون المقر محجوراً عليه، راجع الفصل الثاني والثالث والرابع من كتاب الحجر).

يشترط أن لا يكون المقر محجوراً بسبب سفه أو دين فإذا أقر السفيه المحجور بدين فإقراره غير صحيح أنظر المادة (٩٩٤) كذلك لو أقر المدين المحجور لآخر بدين فلا يعتبر إقراره في حق الأموال الموجودة وقت الحجر أنظر المادة (١٠٠٢) وشرحها. أنظر الفصل الثاني والثالث والرابع من الباب الأول من كتاب الحجر وعلى الخصوص المواد (٩٦٦و ٩٧٨و ٩٧٩و ٩٩١و ٩٩٤و ١٠٠٢) وتعبير المحجور الوارد هنا يشمل أيضاً الصغير والمجنون والمعتوه المحجورين أصلاً إلا أن الحكم بعدم صحة إقرارهم قد مر ذكره في المادة (١٥٧٣) فلا حاجة للبحث عنه هنا.

المادة(١٥٧٧) - (يشترط أن لا يكذب ظاهر الحال الإقرار بناء عليه إذا أقر الصغير الذي لم تتحمل جثته البلوغ بقوله: بلغت لا يصح إقراره ولا يعتبر)

يشترط أن لا يكذب ظاهر الحال والشرع الإقرار. فإذا كذبه أحدهما فلا يعتبر. فلذلك فالإقرارات الآتية الذكر باطلة:

١ - إذا أقر الصغير الذي لم تتحمل جثته البلوغ بقوله بلغت فلا يصح إقراره ولا يعتبر ويبقى محجوراً كالأول ولا يؤاخذ بإقراره ولا بأقواله أنظر **المادتين** (٩٨٨و ٩٩٨).

٢ ـ الإقرار بالدين بعد الإبراء منه ولو بمهر بعد هبتها له على الأشبه. أنظر المادة (٥١).
مثلاً لو أقر المدين بأن في ذمته عشرة دنانير لفلان بعد أن ابرأه الدائن من ذلك الدين فلا يصح إقراره وكذلك لو اعترف الدائن (بعد إبرائه المدين على هذا الوجه) ببقاء الدين في ذمة المدين كان الإقرار باطلاً(الدر المختار قبيل كتاب الصلح بإيضاح) أنظر المادة (١٥٦٢).

٣ ـ إقرار المحال العقلي باطل. مثلاً لو أقر أحد بأنه مدين لفلان بخمسماية درهم أرشاً لكونه قطع يده وكانت يدا ذلك الرجل سليمتين كان الإقرار الواقع باطلاً ولا يلزم المقر بشيء. كذلك لو قال أحد. إن فلاناً قد اقرضني في الشهر الفلاني ألف درهم وكان معلوماً وفاة ذلك الشخص قبل ذلك الشهر كان الإقرار باطلاً.

٤ ـ الإقرار بالمحال الشرعي باطل. لو أقر وارث لوارث آخر بحصة في التركة ازيد من حصته الأرثية كان الإقرار باطلاً.

مثلاً لو توفي أحد وترك ولداً وبنتاً فأقر الولد بأن تركة المتوفي هي مشتركة بينهما مناصفة كان الإقرار غير معتبر. كذلك لو أقر أحد بنفقة المدة الماضية واعترفت زوجته بأنها كانت ناشزة في تلك المدة وأنه لم يتقدم قضايا منها في خصوص تقدير النفقة أو رضاء بينهما على تقديرها كان هذا الإقرار باطلاً حيث أنه إقرار بالمحال الشرعي.

إلا أنه يشترط أن يكون هذا المحال الشرعي محالاً من كل وجه أما إذا كان ممكن الحصول في الجملة فالاقرار صحيح.

مثلاً لو أقر أحد بقوله: إنني مدين لفلان الصغير بعشرة دنانير لإقراضه لي تلك الدنانير أو من ثمن المال الذي باعه لي كان صحيحاً حالة كون الصغير غير أهل للقرض والبيع إلا أن المقر هو اهل في الجملة لثبوت دين الصغير عليه.

٥ ـ لو زوج أحد بنته لآخر بخمسين ديناراً مهراً مؤجلاً وطلب أهل المجلس من البنت أن تقر بأنها قبضت من المهر عشرين ديناراً فاقرت فالإقرار غير صحيح. لأن أهل المجلس يعلمون أن ذلك كذب ويعلم من هذه المسألة حكم مسائل كثيرة من مسائل الإقرار (تكملة رد المحتار والاشباه في الاقرار).

٦ ـ لو أقرت امرأة بعد أن تزوجت بآخر بتسمية مهر معلوم بأن المهر الذي في ذمة زوجها هو لابيها أو لفلان الأجنبي كان الإقرار باطلاً. أما إذا أقرت تلك المرأة بذلك بعد ان حولت دائنها (والدها) حوالة مقيدة بالدين كان الإقرار على ذلك الوجه صحيحاً (الاشباه في الإقرار بزيادة).

٧ ـ الاقرار للحمل بسبب غير صالح كالبيع والقرض غير صحيح كما مر ذكره في شرح المادة (١٥٧٤) وعدم صحة هذا الإقرار من المسائل التي تتفرع عن هذه المادة لكونه محالاً (الاشباه في الاقراربزيادة).

٨ ـ لو أقر أحد بأنه باع ماله لفلان ولم يذكر ثمن المبيع ثم أنكر البيع كان الإنكار صحيحاً. لأن اقرار البيع بغير الثمن باطل (رد المحتار).

٩ ـ لو أقر أحد لآخر بأنه ولده وكان ذلك الآخر غير صالح بأن يكون ولده فلا يصح إقراره (الدر المختار).

إن هذه المسائل تتفرع على مادة (إذا تعذر أعمال الكلام يهمل).

المادة (١٥٧٨) ـ (يشترط أن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة، أما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعة لصحة الإقرار. مثلاً لو أقر أحد بأن هذا المال لرجل مشيراً إلى مال معين في يده أو أقر قائلاً إن هذا المال هو لأحد من أهل البلدة الفلانية ولم يكن أهالي تلك البلدة معدودين فلا يصح اقراره. أما لو قال: إن هذا المال هو لأحد هذين الرجلين أو لأحد من أهالي المحلة الفلانية وكان أهالي تلك المحلة قوماً محصورين فيصح إقراره. وعلى تقدير أنه أقر على الوجه المشروح وقال: إن هذا المال لأحد هذين الرجلين فلهما إذا اتفقا أن يأخذا ذلك المال ويملكانه بعد الأخذ بالإشتراك. وإن اختلفا فلكل منهما أن يطلب من المقر اليمين على عدم كون المال له فإن نكل المقر عن يمين الاثنين يكون ذلك المال كذلك مشتركاً بينهما وان نكل عن يمين أحدهما فيكون ذلك المال مستقلاً لمن نكل عن يمينه وان حلف للاثنين يبرأ المقر من دعواهما ويبقى المال في يده).

الجهالة في الإقرار على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: جهالة المقر له ويشترط في صحة الإقرار أن لا يكون المقر له مجهولاً بجهالة فاحشة لأنه وإن كان الشخص المجهول صالحاً لأن يكون مستحقاً للمقر به إلا أنه إذا كان المدعي غير معين فلا يجوز إجبار المقر على بيان المقر له فلذلك لا يكون فائدة من ذلك الإقرار (الزيلعي).

السفتجة المبهمة (الحوالة التجارية المبهمة).

ومن هذه المسألة يفهم حكم السفتجة التجارية المبهمة وهو السند الذي يتضمن بأن موقعه مدين لحامله بماية دينار فعليه ليسْ لحامل ذلك السند حق طلب ودعوى قيمة ذلك السند من موقعه ما لم يثبت حقه في تلك القيمة بأن يثبت مثلاً بأنه أقرضه ذلك المبلغ.

أما إذا كان المقر له مجهولاً جهالة يسيرة فلا تمنع صحة الإقرار. لأن صاحب الحق في هذه الصورة لم يكن غير الشخص الذي ذكره المدعي (تعليقات ابن عابدين على البحر).

مثلاً: لو أقر بأن هذا المال لرجل مشيراً إلى المال المعين الذي هو في يده أو قال: هو لأحد

الناس ولم يبين من هو ذلك الشخص أو أقر قائلاً: أن هذا المال هو لأحد من أهالي البلدة الفلانية ولم يكن أهالي تلك البلدة معدودين فبما أنه في هاتين الصورتين كان المقر له مجهولاً جهالة فاحشة فلا يصح إقراره انظر المادة (١٦٤٦).

فعليه لو قال أحد: أن هذا المال هو لأحد هؤلاء (المائة شخص) فلا يصح الإقرار لجهالة المقر له جهالة فاحشة. فلذلك لو ظهر شخص معلوم من أهالي تلك المدينة وادعى أن ذلك المال هو ماله وأن المقر قد أقر بذلك مجهولاً على الوجه المحرر وأثبت الإقرار المذكور فلا يأخذ شيئاً وعليه أن يثبت حقه بوجه آخر. أما لو قال: أن هذا المال هو لأحد هذين الرجلين أو قال: هو لأحد من أهالي المحلة الفلانية وكان أهالي تلك المحلة قوماً محصورين أي أناساً معدودين (مائة نفر أو أقل) يصح إقراره المذكور. فعلى هذه الصورة لو قال أحد: أن هذا المال هو لأحد هؤلاء الرجال الثلاثة فالحكم على الوجه المذكور. كما أنه لو كان عدد الرجال مائة فالحكم أيضاً كذلك. يعني لو قال أحد؛ أن هذا المال هو لأحد هؤلاء المائة رجل يجري في ذلك الحكم المذكور.

وعلى تقدير أنه أقر على الوجه المشروح قائلاً: أن هذا المال لأحد هذين الرجلين فلا يجبر على بيان كون المال لأحدهما. لأن هذا الجبر يؤدي إلى إبطال الحق حال كون الحاكم مكلفاً بإيصال أصحاب الحقوق إلى حقوقهم، وليس بإبطاله (تعليقات ابن عابدين على البحر).

ولهما ان اتفقا أن يأخذا ذلك المال من المقر ويملكانه بعد الأخذ بالاشتراك مناصفة. وإن اختلفا وادعى كل منهما أن ذلك المال هو ملكه مستقلاً وأن ليس للآخر حق فيه فلكل منهما أن يطلب من المقر اليمين على عدم كون المال له ويحلف المقر لكل واحد من المقر لهما اليمين على حدة يعني لو كان المقر لهم اثنين يتوجه على المقر يمينان. وإن كانوا ثلاثة فثلاثة أيمان وهلم جراً. وعلى الحاكم ان يعين من نفسه تحليف المقر لأي واحد من المقر لهم أو أن يعين ذلك بالقرعة. أما عند بعض المشايخ فيحلف المقر للمقر لهم يميناً واحدة. إلا أن المجلة قد اختارت القول الأول. وإذا نكل المقر عن يمين الإثنين وبعبارة أخرى إذا كلف الحاكم المقر بحلف اليمين لكل واحد من المقر لهما على حدته حسب القول الذي اختارته المجلة ونكل عن حلف اليمين يكون ذلك المال مشتركاً مناصفة بين الإثنين. (الهندية).

وأما إذا نكل عن حلف اليمين لأحدهما وحلف يميناً للآخر يكون ذلك المال مستقلاً للرجل الذي نكل عن يمينه انظر المادة (١٨١٩).

ولا يأخذ الشخص الذي حلف له اليمين حصة في ذلك المال. إلا أنه قد كان في هاتين الفقرتين سبب الحكم النكول عن اليمين وليس الإقرار. أما إذا حلف اليمين للإثنين يبرأ المقر من دعواهما ويبقى المال المقر به في يده. وليس للمقر لهما على قول الإمام الثاني الآخر بعد ذلك أن يتفقا وأن يأخذا المال المذكور من المقر وأن يتملكاه بالاشتراك. أما عند الإمام الثالث فلهما ذلك.

وقوله هو لأحد هذين الرجلين للاحتراز من المسألة الآتية وهي:

إذا أقر المقر بمال لأحد ثم بعد ذلك قال: أن المال ليس لفلان بل هو لفلان الآخر فيكون ذلك المال للمقر له الأول. إلا أن المقر إذا سلم المال للمقر له الأول بلا حكم الحاكم يضمن بدل ذلك المال للمقر له الثاني. أما إذا سلمه بحكم الحاكم فلا يضمن على قول الإمام الثاني ويضمن على قول الإمام الثالث (البحر قبيل العارية ونقول النتيجة).

والمسألة الآتية ليست من قبيل الإقرار للمجهول. وهي لو قال أحد. أن هذه العشرة دنانير وديعة زيد ثم قال بل وديعة عمرو فتكون العشرة دنانير وديعة زيد ويضمن المقر لعمرو العشرة دنانير. لأن الإقرار صح للأول وقوله لا بل وديعة عمرو وإضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الأول ويجب عليه ضمان مثل الدنانير لأنه أقر له بها وقد أتلفها عليه بإقراره بها للأول ويضمنها له (الدر المختار والتكملة).

النوع الثاني: جهالة المقر به وسيبين في المادة (١٥٧٩).

النوع الثالث: جهالة المقر وتوضح على الوجه الآتي (الكفاية).

يشترط أن يكون المقر متعيناً فعليه لو قال رجلان. أن على أحدنا لفلان ديناً أو قالا لشخص معين: أن لك على أحدنا كذا دنانير فلا يصح لأن الشخص الذي سيحكم عليه والذي سيؤاخذ بذلك الإقرار مجهول وصدور الإقرار من أحدهما لا يعين أن المطالب والمقر هو الآخر حتى لو سئل المقر له بعد ذلك هل دينك عند فلان فأجاب قائلاً: كلا. فلا يلزم المال الآخر (الزيلعي والبحر وتكملة رد المحتار) فعليه لو قال واحد من جماعة ولو محصورين، لشخص لك على أحدنا ألف درهم فالإقرار باطل لجهالة المقضي عليه وصدور الإقرار من أحدهم لا يعين أنه هو المطالب ولا يجبر على البيان (التكملة).

ويشترط في الإقرار الجدية فلذلك فالإقرار الواقع بطريق الإستهزاء والإستخفاف غير صحيح.

مثلاً لو قال أحد لآخر: أنك مدين لي بعشرة دنانير فأجابه مستهزئاً (نعم) أو قال (كيسه بدوز وقبض كن) يعني خط كيسك واقبض فلا يكون مقراً.

كذلك لو قال أحد لآخر؛ أدِّ لي العشرة دنانير التي في ذمتك فأجابه الآخر مستهزأ ستأخذها قريباً فلا يكون إقراراً (رد المحتار) ولو قال شخص لآخر. لي عليك كذا فقال استهزاءً (نعم. أحسنتَ) فهو إقرار ويؤاخذ به (صرة الفتاوى في الإقرار) فإذا ادعى المقر بأن إقراره استهزاءً وادعى المقر له بأنه كان جداً واختلفا فلا يصدق المقر بادعاء الإستهزاء بلا بينة أي أن مجرد ادعاء الإستهزاء غير مقبول وقرينة هز الرأس غير معتبرة. فإذا عجز المقر عن إثبات الاستهزاء فيصدق المقر له بحلف اليمين على عدم العلم بكون الإقرار استهزاء.

خلاصة الباب الأول

شروط الإقرار

١ ـ يشترط في الإقرار عدم التلجئة (في نفاذه).

٢ ـ يشترط أن لا يكذب ظاهر الحال والشرع الإقرار (في صحته).

فلذلك فالإقرار باطل في الصور الآتية:

(١) الإقرار بالدين بعد الإبراء منه. (٢) الإقرار بالمحال العقلي والشرعي (٣) الإقرار الواقع للجنين مع ذكر سبب غير صالح.

٣ ـ يشترط الجد في الإقرار.

المقر:

١ ـ أن يكون عاقلاً بالغاً.
٢ ـ رضاء المقر.
٣ ـ أن يكون متعيناً

المقر به:

لا يشترط أن يكون ملكاً للمقر وقت الإقرار لأن الإقرار إخبار.

يشترط معلومية المقر به في العقود التي لا تصح مع الجهالة كالبيع والإجارة انظر المادة (١٥٧٩).

المقر له:

لا يشترط أن يكون عاقلاً فيصح أن يقر بمال للصغير الغير مميز، وفي الإقرار للجنين بمال ثلاث صور:

١ ـ الإقرار بدون بيان سبب صالح أو سبب غير صالح كقولك: إنني مدين لحمل فلان بكذا درهماً. فهو غير صحيح عند أبي يوسف.

٢ ـ الإقرار ببيان سبب صالح وهذا صحيح بالإجماع.

٣ ـ الإقرار ببيان سبب غير صالح وهو غير جائز بالإجماع.

يشترط أن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة المادة (١٥٧٨) أما الجهالة اليسيرة فليست مانعة.

الباب الثاني

في بيان وجوه صحة الإقرار وعدم صحته

المادة (١٥٧٩) - (كما يصح الإقرار بالمعلوم كذلك يصح الإقرار بالمجهول أيضاً إلا أن مجهولية المقر به في العقود التي لا تصح مع الجهالة كالبيع والإجارة مانعة لصحة الإقرار فلذلك إذا قال أحد لفلان عندي أمانة أو غصبت مال فلان أو سرقته يصح إقراره ويجبر على بيان وتعيين الأمانة المجهولة أو المال المسروق أو المغصوب. أما لو قال بعت لفلان شيئاً أو استأجرت منه شيئاً فلا يصح ولا يجبر على بيان ما باعه أو استأجره).

لا يشترط أن يكون المقر به معلوماً أو ممكناً تسليمه إلا أنه يشترط أن لا يكون معدوماً انظر فقرة ولكن الخ الواردة في المادة (١٥٩١) فلذلك فالمقر أما أن يطلق المقر به المجهول أي لا يبين سببه فالإقرار المجهول في هذه الصورة صحيح ويجب حمله على السبب الذي يصح فيه الإقرار مع الجهالة كالغصب (تكملة رد المحتار والزيلعي) وأما أن يبين السبب ففي هذه الصورة إذا كانت الجهالة مضرة في السبب المذكور كالغصب والسرقة فيصح الإقرار أيضاً. فعليه كما يصح الإقرار بالمعلوم كذلك يصح الإقرار بالمجهول ايضاً في الأمور التي تصح مع الجهالة كالإقرار بالغصب والوديعة والسرقة. لأنه يجب الحق بعضاً وهو مجهول كإتلاف شخص مال آخر لا يعرف قيمته وكتسليم دنانير موضوعة في كيس مجهول مقدارها (تكملة المحتار).

إلا أن الإقرارات الآتية ليست إقراراً بالمجهول.

١ - الإقرار الذي يحصل فيه ترديد بالمقر به لا يكون إقراراً بالمجهول. ففي هذه الصورة يجب أقله. مثلاً لو قال أحد: إنني ميدين لفلان بعشرة أو بخمسة عشر ديناراً فحيث يكون إقراره بالعشرة دنانير قطعياً فيجب أداء العشرة دنانير (تكملة رد المحتار) وإذا ادعى المقر له الأكثر فيلزمه الإثبات.

٢ - إن الاقرار الوارد في مثال المادة (١٥٩١) المتضمن نفي الملك مع الإقرار ليس إقراراً بالمجهول بل هو إقرار بالعام انظر شرح المادة المذكورة.

٣ - لو قال أحد أن هذه الفرس مشتركة بيني وبين فلان فلا يكون إقراره هذا إقراراً بالمجهول

بل يحمل على الاشتراك بالنصف إلا أن المقر إذا قال متصلاً بإقراره أن الثلثين له وبعبارة أخرى لو قال أن هذه الفرس مشتركة بيني وبين فلان وثلثاها لي فيصدق (رد المحتار في اقرار المريض) لكن كل تصرف يشترط في صحته وتحققه بيان وإعلام الشيء الذي يصادف ذلك التصرف فلا يصح فيه الإقرار مع الجهالة (الدرر) فعليه إذا بين المقر سبب المقر به وكانت الجهالة مضرة في السبب المذكور كالبيع والإجارة التي لا تصح مع الجهالة فجهالة المقر به في ذلك مانعة لصحة الإقرار حتى أنه لو أقر بالبيع والإجارة بقوله مثلاً. قد اشتريت من فلان مالاً أو استأجرت منه مالاً أو أجرته مالاً فلا يصح إقراره ولا يجبر على البيان (الزيلعي وتكملة رد المحتار).

أما إذا قال أحد: إن لفلان عليَّ حقاً أو أن له امانة عندي أو قال أنني غصبت مال فلان أو سرقته فيصح اقراره وعند ادعاء المقر له على المقر يجبر المقر على بيان وتعيين الحق المجهول أو الأمانة المجهولة أو المال المغصوب أو المسروق بشيء ذي قيمة كالفلس والجوزة ويحبس لحين أن يبين ويعين ذلك (الزيلعي والبحر في اقرار المريض).

ففي هذا الحال إذا بين ذلك الشخص ذلك الحق بشيء لا قيمة له قائلاً: إن الحق الذي اقررت به هو حق الإنسانية أو حق الجوار أو أن تلك الأمانة المجهولة أو المال المغصوب هي حبة حنطة أو فلان الصبي الحر أو قطرة ماء لا يقبل سواء قال ذلك متصلاً أو منفصلاً لأن هذا البيان هو خلاف العرف بل يجب بيان المجهول وتعيينه بشيء له قيمة قليلة أو كثيرة لأنه باقراره قد اخبر بشيء واجب في ذمته وأن الشيء الذي لا قيمة له لا يجب في الذمة فبيانه بشيء لا قيمة له يكون رجوعاً منه عن الاقرار انظر المادة (١٥٨٨) ولكن في تكملة (قاضي زاده) أنه إذا وصله صدق وان فصله لا وعليه مشي في (التاتارخانية).

أما لو بين المقر تلك الأمانة المجهولة بشيء ذي قيمة بقوله: أنه فرس أو بيضة أو درهم واحد فيكون صحيحاً. لأن هذا الإيضاح هو بيان مقرر باصل الكلام. ويصح بيان التقرير سواء ورد موصولاً أم مفصولاً.

أما إذا ادعى المقر له بشيء ازيد مما عينه المقر كادعائه بفرسين أو بخمسماية درهم فاذا اثبت ذلك فبها، وإلا فالقول مع اليمين للمقر على عدم وجود زيادة. لأن المقر منكر للزيادة انظر المادتين (٧٦ و٨) (الزيلعي والكفاية وتكملة رد المحتار).

كما أنه لو بين ان ذلك الحق هو ذلك العقار المغصوب أو خمر المسلم فهو صحيح. وان يكن لا يجري اصطلاح كلمة الغصب في العقار وفي الخمر حيث أنه تترك الحقيقة بعضا بدلالة العادة.

مثلاً لو قال المقر أن المال المغصوب هو العقار الذي في يد فلان فيكون بيانه صحيحاً وبقوله هذا، لا يؤخذ العقار من ذلك الشخص كما أنه لا يلزم المقر ضمان؛ لأن المقر يقر بغصب العقار والعقار لا يكون مضموناً بالغصب (تكملة رد المحتار والكفاية).

كذلك لو قال المقر عندي لفلان حق فيصح اقراره ويجبر على بيان ذلك الحق بشيء ذي قيمة

فلو قال المقر كما بين سالفاً؛ انني قصدت من ذلك الحق حق الإسلام فلا يصدق؛ لأنه خلاف العرف أي أنه لا يوجد هذا المعنى عرفاً من لفظ (كلمة الحق) فلذلك يكون هذا البيان رجوعاً عن الاقرار. إلّا أنه عند بعض الفقهاء إذا حصل البيان موصولاً كقوله أن عندي لفلان حق هو حق الإسلام فيكون صحيحاً أما إذا وقع مفصولاً فلا يكون بيانه صحيحاً ويجري على بيان المقر به. وعند بعض الفقهاء الآخرين ان هذا البيان غير صحيح سواء وقع مفصولاً أو موصولاً ويعد رجوعاً عن الاقرار (تكملة رد المحتار والكفاية وابن عابدين على البحر والبحر والزيلعي).

لكن إذا بين الحق المجهول بشيء كحق الشفعة أو حق المرور فاللائق أن يصدق (تكملة رد المحتار).

كذلك لو ادعت زوجة المتوفي كذا درهماً من تركة المتوفي فقال الورثة: أن مورثنا مدين للمدعية من جهة صداقها إلّا أننا لا نعلم مقداره فيكون هذا الاقرار صحيحاً ويجبر الورثة على بيان مقداره. كذلك لو اقر احد في بلدة يتداول فيها دنانير متنوعة بأنه مدين بكذا ديناراً فيجبر المقر على بيان الدينار المدين به. أما في البيع فيصرف إلى الدينار الأكثر رواجاً كما هو مذكور في المادة (٢٤٠) (ابن عابدين على البحر).

ولعل وجه الفرق أن البيع بثمن مجهول يفسد فللتصحيح ينصرف إلى الأروج والاقرار بالمجهول يصح وفاة المقر قبل البيان.

يجبر المقر على البيان كما بين آنفاً إلّا أنه اذا توفي المقر قبل البيان يرجع إلى ورثته فاذا فسر وبين الورثة الحق المقر به وقبل المقر له ذلك يحكم على هذا الوجه. أما اذا قال الورثة اننا نجهل المقر به المجهول فماذا يجب عمله؟ وبما أنه يحتمل بأن الورثة يجهلون المقر به فجبرهم على البيان يؤدي إلى اجبارهم على الكذب (تكملة رد المحتار بعلاوة).

لا يكون بيان المجهول بعضاً اقل من المقدار المعين ـ ان الاقرار الذي يحصل باللغة العربية ببعض الالفاظ لا تصدق على ما دون مقدارها المعين ـ مثلاً لو قال له؛ على مال فلا يصدق باقل من درهم من فضة كما أنه لو قال له على مال عظيم فلا يصدق بأقل من نصاب الزكاة في حالة بيانه بالذهب والفضة. وأما إذا بينه من الجمال فلا يصدق باقل من خمسة عشر جملاً وإذا بينه بغير مال الزكاة فلا يصدق باقل من قيمة نصاب الزكاة. والحاصل أن الاقرارات المجهولة التي تقع بمثل تلك الالفاظ العربية تفسر بصورة مختلفة المقدار حسب مدلول تلك الالفاظ (الدر المختار).

وأما لو قال احد: انني ابتعت من فلان شيئاً أو بعته سهماً غير معين أو غير معلوم المقدار أو قال: اشتريت دار فلان بشيء أو استأجرتها أو أجرت فلاناً شيئاً أو استأجرت منه شيئاً فلا يصح اقراره لكون تلك العقود لا تصح مع الجهالة ولا يجبر المقر على تسليم شيء ما (تكملة رد المحتار) فلذلك لا يجبر المقر على بيان ما باعه أو بيان بدل الدار التي اشتراها أو بدل ايجارها أو على بيان الشيء الذي استأجره.

ان شرط المقرّ به، أن يكون غير معدوم، على وجهين.

الوجه الأول: يكون المقر به معلوماً ومحقق الوجود كقولك: هذا المال لفلان.

الوجه الثاني: يكون المقر به شيئاً محتمل الوجود كالحمل وفي هذه الصورة لو قال أحد: أن ما في بطن نعجتي هذه لفلان فاذا وجد الحمل المذكور في اقل مدة الحمل يكون ذلك الحمل للمقر له ولو لم يبين المقر سببه. لأن هذا الاقرار ممكن التصحيح بحمله على الوصية وذلك كأن يوصي احد بحمل شاته الفلانية لآخر ثم يتوفى فيقر وارثه بذلك الحمل لآخر. وأقل مدة الحمل في الشاة اربعة شهور وفي الحيوانات الأخرى ستة شهور أما حسب قول القهستاني فأقل مدة الحمل في الانسان ستة شهور وفي الفيل أحد عشر شهراً وفي الإبل والخيل والحمير سنة كاملة وفي البقر تسعة شهور وفي الشاة والمعز خمسة شهور وفي القطط شهران وفي الكلب اربعون يوماً وفي الطير واحد وعشرون يوماً (تكملة رد المحتار).

حيث لا يشترط في الاقرار أن يكون المقر به ممكناً تسليمه فلذلك لو اقر المقر بجذع كائن في سقف بيته فيلزمه قيمته. لأن اقرار الشيء الغير ممكن التسليم هو اقرار بقيمته(صرة الفتاوى في الاقرار).

ان هذا متفرع على كون الاقرار اخباراً فلو كان انشاء لكان هبة حال كون هبة ذلك وبيعه غير جائزين.

المادة (١٥٨٠) - (لا يتوقف الاقرار على قبول المقر له ولكن يرتد برده ولا يبقى له حكم واذا رد المقر له مقداراً من المقر به لا يبقى للإقرار حكم في المقدار المردود ويصح الاقرار بالمقدار الذي لم يرد).

لا يتوقف الاقرار على قبول وتصديق المقر له لأن الاقرار ليس بانشاء بل هو من وجه اخبار انظر المادة (١٥٧٢) فعليه لو أقر احد بقوله: انني مدين لفلان بالف درهم فسكت ولم يصدق المقر بقوله: لا. أو نعم. فله مطالبة المقر بالألف درهم.

إلّا أنه يوجد فرق بين الاقرار للحاضر والاقرار للغائب. فالاقرار للحاضر لازم من جانب المقر فلذلك إذا اقر المقر بمال لحاضر فليس له اقراره لآخر.

مثلاً. لو اقر احد بقوله: ان هذا المال لهذا الشخص وكان ذلك الشخص حاضراً ولم يقل بأنني اصدق ذلك كما أنه لم يرده فليس للمقر ان يرجع عن اقراره هذا وأن يقول ان هذا المال لهذا الشخص الآخر ولا يكون اقراره الثاني صحيحاً لكن إذا رد المقر له الاقرار فيكون الاقرار الثاني حينئذ معتبراً.

أما الاقرار للغائب فليس لازماً من جانب المقر ما لم يصدقه الغائب فلذلك لو قال المقر، أن هذا المال لفلان الغائب ثم قال قبل أن يصل خبر ذلك الاقرار للغائب ويصدقه. أن هذا المال لفلان

الآخر كان اقراره الثاني صحيحاً (تكملة رد المحتار والزيلعي). لأن سكوت المقر له الحاضر قبول ضمني فلذلك يصبح ذلك المال بالاقرار واقعاً بالمقر له. أما الغائب فحيث لا يتصور سكوته وقبوله الضمني فلا يتعلق حق المقر له الغائب بالمقر به.

ولكن يرتد الاقرار برد المقر له ولا يبقى له حكم أي أنه لا يصح القبول والتصديق بعد الرد. أنظر المادة (٥١) وفي هذه الصورة لا يقبل من المقر الاثبات إذا اراد أن يثبت حقه في المقر به (تكملة رد المحتار) لأن الاقرار من وجه انشاء وليس باخبار ومن وجه أن المتضمن تمليك المال قابل للرد كالاقرار. أما ما لا يتضمن تمليك المال فرده غير قابل كابطال الشفعة وكالطلاق والعتاق (تكملة رد المحتار والدر المختار).

مثلاً؛ لو اقر أحد بأنه مدين لآخر بالف درهم ورد ذلك الآخر هذا الاقرار بقوله: لست مديناً لي بشيء ثم صدقه بعد ذلك بقوله: أنك مدين لي بالف درهم فلا يصح تصديقه (الزيلعي) حتى أنه لو ادعى احد ديناً من وارث وابرز سنداً حاوياً اقرار المورث ودفع المدعى عليه الوارث دعوى المدعي بقوله: أن المقر له المدعي قد رد الاقرار وطلب تحليف المدعي اليمين على ذلك فيحلف المدعي (صرة الفتاوى).

مستثنى - ان صحة رد الاقرار هو في حالة ابطال المقر له حقه برد الاقرار. أما إذا كان المقر له يبطل بهذا حق الغير فلا حكم للرد. مثلاً لو قال احد انني بعت فرسي بعشرة دنانير لفلان فقال المقر له: انني لم اشتر منك شيئاً ثم قال بعد ذلك انني اشتريتها منك بذلك الثمن فيكون البيع لازماً لان المقر له قد انكر البيع بعد تمام البيع والحال أن جحود احد المتبايعين لا يبطل العقد. أما لو رد المقر له الاقرار بقوله: لم اشتر منك شيئاً وصدقه البائع المقر بقوله: انني في الحقيقة لم ابعك ثم قال المشتري، انني اشتريته منك فلا يثبت الشراء بعد ذلك حتى ولو اقام البائع البينة على الشراء لأنه في هذه الصورة قد تم الفسخ بجحود العاقدين (تكملة رد المحتار). أما إذا قبل المقر له الاقرار وصدقه فلا يرتد بعد ذلك بالرد. لأنه في هذا الحال قد اصبح المقر به ملكاً للمقر له ونفى المالك الملك عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح ولكن لو تصادق على عدم الحق صح (تكملة رد المحتار).

مثلاً: لو اقر المقر لأحد بعشرة دنانير فقال المقر له بعد ذلك، ليس لي عندك دين فيرد الاقرار المذكور ويسقط حق المقر له بمطالبة المقر ولكن إذا رد المقر له الاقرار بعد أن صدق المقر بقوله انك مدين لي في الحقيقة بعشرة دنانير فلا يرد الاقرار كما أنه إذا كرر المقر الاقرار بعد الرد واعاده وصدقه المقر له فيصح الاقرار المذكور استحساناً ويكون لازماً. لأن هذا الاقرار هو الأخير. وقد ورد في محيط السرخسي أنه إذا اعاد المقر الاقرار فقال المقر له. اجل، يلزمه لأنه كذبه في الاقرار الأول فبطل وانعدم وصدقه في الاقرار الثاني فاعتبر وانبرم. ولأنه احتمل ان المال لم يكن واجباً وقت الاقرار الأول فبطل بالتكذيب وانعدم وكان واجباً وقت الاقرار الثاني فلزم بالتصديق وانبرم،

وورد في رد المحتار، ولأنه يحتمل انه كذبه بغير حق لغرض من الاغراض الفاسدة فانقطع عنه ذلك الغرض ورجع إلى تصديقه.

وإذا انكر المقر الاقرار الثاني فلا يحلف اليمين إلاّ أنه للمقر له أن يقيم البينة (الدر المختار) وإذا رد المقر له مقداراً من المقربه كان يكون المقر به مثلاً عشرة دنانيرة فرد اربعة منها فلا يبقى حكم الاقرار في المقدار المردود أي في الأربعة دنانير ويصح الاقرار في المقدار الباقي الذي لم يرده المقر له[1] كذلك لو كان المقر له شخصين فرد احدهما وقبل الآخر فيأخذ القابل نصف المقرِّ به (تكملة رد المحتار في اقرار المريض).

المادة (١٥٨١)-(إذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الاقرار مثلاً: لو ادعى احد الف درهم من جهة القرض واقر المدعى عليه بالف درهم من جهة ثمن المبيع فلا يكون اختلافهما على هذا الوجه مانعاً لصحة الاقرار).

إذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الاقرار لأن صحة الاقرار لا تحتاج إلى بيان السبب وعلى ذلك يكون الاقرار صحيحاً والسبب باطلاً وبلا حكم، لان اختلافها بعد حصول المقصود لا ينفي الاقرار (الهداية التغيير والكفاية).

مثلاً: لو ادعى أحد ألف درهم ديناً من جهة القرض واقر المدعى عليه بألف درهم ديناً من جهة ثمن المبيع أو جهة الغصب فالإقرار الواقع صحيح ولا يكون اختلافهما على هذا الوجه مانعاً لصحة الإقرار (تكملة رد المحتار في الإقرار).

إن فقرة ثمن المبيع الواردة في هذه المادة محتاجة للإيضاح وإليك ذلك:

يكون ذلك المبيع إما معيناً أو غير معين أو مسلماً أو غير مسلم. وفي هذه المسألة خمسة أوجه:

الوجه الأول: أن يقول المقر، إنني مدين بعشرة دنانير لفلان ثمناً للفرس المعين التي اشتريتها ولم أقبضها ففي هذه الصورة لا تلزم العشرة دنانير المقر ما لم تسلم الفرس إليه فلذلك يقال للمقر له؛ إذا كنت تريد أخذ العشرة دنانير فسلم الفرس إلى المقر وخذها. فإذا سلم المقر له الفرس للمقر يأخذ العشرة دنانير. لأن المعاينة الثابتة بتصادقهما كأنها ثابتة (الهداية ونتائج الأفكار).

الوجه الثاني: أن يقول المقر: (إنني مدين بعشرة دنانير لفلان ثمن الفرس الفلانية التي اشتريتها منه وقبضتها) فلو قال المقر له في هذه الصورة للمقر: إن تلك الفرس هي لك وإنني لم أبعها لك بل بعتك غيرها فيلزم المقر أن يؤدي للمقر له العشرة دنانير المقر بها. لأن الفرس الذي قال المقر له بأنه لم يبعها قد بقيت سالمة للمقر والاختلاف في السبب غير مانع للإقرار. كذلك لو

[1] وهذا بخلاف ما لو كذب المشهودله شاهده في بعض ما شهد له حيث تبطل شهادته لأن التكذيب تفسيق والفسق مانع من قبول الشهادة دون الاقرار (الحموي على الأشباه).

ادعى أحد على آخر بعشرة دنانير ثمن الفرس المعين التي باعها وسلمها واقر المدعى عليه بعشرة دنانير ثمناً لفرس آخر أو بغلة أخرى بيعت له وتسلمها فلا يمنع ذلك صحة الإقرار.

الوجه الثالث ـ أن يقول المقر له، إن تلك الفرس هي ملكي وإنني لم أبعها ففي هذا الحال لا يلزم المقر شيء. لأن المقر قد أقر بالدين على كونه عوضاً للفرس فلا يلزمه الدين بدونها. وإن وجود الفرس في يد المقر أو المقر له سيان في هذه المسألة وإذا كانت الفرس في يد المقر فللمقر له استردادها في حالة عدم إثبات المقر وقوع البيع له:

الوجه الرابع ـ أن يقول المقر له: إن الفرس لي وإنني لم أبعها لك بل بعت غيرها لك ففي هذه الصورة يجري التحالف بينهما. لأن المقر يطلب تسليم الفرس التي عينها من طرفه والمقر له ينكر ذلك فيلزم المقر له المنكر اليمين كما أن المقر له يدعي بعشرة دنانير ثمن فرس أخرى والمقر ينكر ذلك فلذلك يلزم المقر اليمين وعليه إذا جرى التحالف على هذا الوجه وحلف كلاهما اليمين فلا يلزم المقر العشرة دنانير وتبقى الفرس سالمة للمقر له.

الوجه الخامس : أن يقول المقر، إنني مدين لك بعشرة دنانير ثمن فرس اشتريتها ولم أقبضها منك بدون أن يعين ويخصص الفرس فيكون الإقرار الواقع صحيحاً، ولا يصدق بقوله لم أقبضها سواءً أقال ذلك موصولاً أو مفصولاً، لأنه إذا أقر بثمن فرس غير معينة وغير مسلمة فيكون المقر قادراً على أن يقول عن كل فرس يسلمها له البائع، أنها ليست الفرس التي اشتراها وحيث إن تسليم الثمن يلزم بعد إحضار المبيع فالمال الغير معين أو الغير مسلم هو في حكم المال المستهلك فلذلك إذا أقر المقر بالثمن يعد بأنه أقر بقبض المبيع وأن قوله بعد ذلك، إنني لم أقبض هو رجوع منه عن الإقرار (الهداية والكفاية والعناية وتكملة رد المحتار).

المادة (١٥٨٢) ـ (طلب الصلح عن مال يكون بمعنى الإقرار بذلك المال واما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يكون إقراراً بذلك المال، فعليه إذا قال أحد لآخر: لي عليك ألف درهم فاعطني إياها فطلب منه الصلح قائلاً: صالحني على المبلغ المذكور بسبعمائة وخمسين درهماً يكون قد أقر بالألف درهم المطلوبة منه ولكن لو طلب الصلح لمجرد دفع المنازعة بقوله: صالحني عن دعوى الألف درهم فلا يكون قد أقر بالمبلغ المذكور).

القاعدة الأولى: إذا ذكر المقر في جوابه مطلوب المدعي صراحة بقوله: دينك الألف درهم أو أشار بضمير (هوـ أو ذلك) فيكون قد أقر للمدعي بذلك المطلوب (رد المحتار) وعلى ذلك فالخصوصات الآتية إقرار:

١ - طلب الصلح عن مال أو حق ولو كان مجهولاً.

٢ - أو طلب الإبراء منها هو بمعنى الإقرار بذلك المال. مثلاً؛ لو ادعى أحد على آخر

بقوله: إن لي عندك حقاً. فقال المدعى عليه: صالحني عن ذلك الحق فيكون قد أقر بذلك الحق ويقبل بيان المدعي عما هو ذلك الحق. لأنه هو الذي ذكر ذلك الحق مجملاً (تكملة رد المحتار).

وأما طلب الإبراء أو الصلح عن دعوى مال أو طلب تأخير الدعوى فلا يكون إقراراً بذلك المال (الخلاصة والبزازية والتنوير) ووجهه أن المقصود من الصلح عن الدعوى والإبراء عنها قطع النزاع فلا يفيد ثبوت الحق بخلاف طلب الصلح والإبراء عن الحق فإنه يقتضي ثبوته، وحينئذ يلزم المدعي به (التكملة).

وقد ورد في الخانية (قال المتقدمون من أصحابنا طلب البراءة عن الدعوى لا يكون إقراراً وخالفهم فيها المتأخرون وقول هؤلاء أصح). فعليه إذا قال أحد لآخر، لي عليك ألف درهم من جهة القرض فاعطني إياها فطلب منه الصلح قائلاً له: صالحني عن الألف درهم المذكورة بسبعمائة وخمسين درهماً أو طلب منه إبراء ذمته بقوله أبْرِئْ ذمتي من المبلغ المذكور فيكون قد أقر بأن الألف درهم المطلوبة هي للمدعي، وإذا لم يرض المدعي بالصلح أو الإبراء فله أخذ المبلغ المذكور بتمامه من المقر ولا تسمع دعوى المقر بقوله: إن المدعي قد أبرأ ذمتي قبل الإقرار المذكور لأن في ذلك تناقضاً انظر المادة (١٦٤٧).

ولكن لو كان طلب الصلح لمجرد دفع المنازعة كما إذا قال: صالحني عن دعوى هذه الألف درهم أو أبرأني منها فلا يكون قد أقر بالمبلغ المذكور، مثلاً لو ادعى أحد على آخر بألف درهم فأجابه المدعى عليه بقوله إنك أبرأتني من دعوى المبلغ المذكور فلا يكون المدعي عليه بقوله هذا اقر بذلك المبلغ (الفيضية).

٣ - طلب تأجيل الدين.
٤ - الادعاء بتأدية الدين.
٥ - الدعوى بهبة الدين له أو التصدق به عليه.
٦ - الادعاء بإبرائه من الدين.
٧ - الادعاء بحوالة الدين على شخص آخر.
٨ - طلب كفالة شخص آخر على المبلغ المدعى به.
٩ - إذا طلب أحد من آخر مطلوب فيقول ذلك الشخص له: خذه
١٠ - قوله تناوله .
١١ - قوله أعطيك إياه قريباً.
١٢ - قوله اعطيك إياه غداً .
١٣ - قوله ليس لدي اليوم دراهم تكفي لادائه.
١٤ - قوله والله لا أعطيك إياه اليوم.
١٥ - قوله لا تأخذه مني اليوم.
١٦ - قوله لم يحل وقت ادائه.

١٧ - قوله لماذا تكثر من طلبه.

١٨ - قوله حل دائنيك أو من شئت به عليه.

١٩ - قوله إن فلاناً قد أداه عني.

٢٠ - إذا قال أحد لآخر: لي عندك كذا درهماً فأجابه المدين بقوله (بنم دخي سندن أو قدر الأجغم واردر) أي لي عندك قدر ذلك المبلغ فيكون قد أقر بأنه مدين بذلك المبلغ.

٢١ - لو قال أحد لآخر، أن لي عليك ألف درهم ديناً أو لي عندك كذا أمانة فأجابه آخر بقوله: نعم فيكون قد أقر بذلك الدين أو تلك الأمانة لأن لفظ (نعم) موضوع للجواب ولا يحتاج للرابطة انظر المادة (٦٦) حتى لو قال أحد لآخر افتح باب داري هذه اوقال له أسرج فرسي هذه أو اعطني سرجها أو لجامها فأجابه ذلك الشخص بقوله: نعم. فيكون ذلك إقراراً منه أي أنه يكون قد صدق بأن تلك الدار داره.

ولقائل أن يقول: نعم جواب في الخبر لا في الإنشاء وهذه الأمور إنشاء مع أنه قد يقول لتبعيد الكلام فكأنه يقول ماذا تقول؟ ويمكن أن يقال الكلام المذكور وإن كان إنشاء لكنه متضمن للخبر فنعم جواب له.

٢٢ - لو قال أحد لآخر: لي عندك دين عشرة دنانير فأجابه الآخر بقوله (أتزنه) أو (انتقده) فيكون قد أقر بذلك لرجوع الضمير إليها في كل ذلك فكان جواباً لا رداً ولا ابتداء فيكون إثباتاً للأول إلا إذا تصادقا أنه على وجه السخرية (البحر والدر المختار والتكملة وصرة الفتاوى في الإقرار).

٢٣ - لو طلب أحد من آخر مبلغاً معيناً فأجابه قائلاً انتظر حضور الصراف فإنه سيؤديه لك فيكون ذلك إقراراً.

٢٤ - لو قال له مجيباً لم أقترض من أحد غيرك كان إقراراً على رأي السرخسي لأن معنى ذلك بأنني اقترضت منك ولم أقترض من غيرك.

٢٥ - إذا حرر سند بيع ذكر فيه بأن البيع وقع صحيحاً ونافذاً وحررت شهادة أحد عليه ووقع ذلك الشاهد ذلك السند أو ختمه فيكون ذلك الشاهد قد أقر بأن ذلك المال ملك للبائع (التكملة وهامش الأنقروي ورد المحتار).

القاعدة الثانية: إذا لم يذكر المقر في جوابه مطلوب المدعي صراحة ولم يشر إليه بضمير فلا يكون إقراراً. فلذلك لا تعد المسائل الآتية إقراراً:

١ - أجل (٢) قد أديتك فلا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور فكان كلاماً مبتدءاً (٣) تصدق عليّ (٤) إنك وهبت لي (٥) اتزن (٦) لو قال أحد لآخر: إن لي في ذمتك ألف درهم فأجابه الآخر بقوله فلنتحاسب (٧) لو قال أحد لآخر: لي في ذمتك كذا درهماً فأجابه قائلاً: إن لي في ذمتك مثل ذلك فلا يكون إقراراً فالصورة السابعة إقرار عند محمد وقد افتى ظهر الدين على هذا

الوجه وعليه الفتوى. إلاّ أنه ليس إقراراً في ظاهر الرواية وإن ما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما كمتزن يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك (رد المحتار وتكملته وابن نجيم وصرة الفتاوى في الإقرار والانقروي).

٨ - لو قال أحد لآخر: لا تخبر فلاناً بأنني مدين له بعشرة دنانير فلا يكون إقراراً (صرة الفتاوى في الإقرار).

٩ - لو اشترى أحد من آخر مالاً وحرر اسم شاهد في سند البيع الذي حرر لذلك وختم ذلك الشاهد ذلك السند فلا يكون ذلك إقراراً من الشاهد بأن ذلك المال ملك البائع فللشاهد بعد ذلك أن يدعي أن ذلك المال له. لأن الإنسان يبيع بعضاً مال الغير فضولاً. أما إذا ذكر في سند البيع بأن البيع وقع صحيحاً أو نافذاً ففي تلك الحالة يكون إقراراً كما بين آنفاً (رد المحتار في أوائل الإقرار والتكملة).

١٠ - لو قال أحد لآخر: أدِّ لي ما عليك من الدين فقال له اصبر أو تأخذ قريباً فلا يكون إقراراً.

المادة (١٥٨٣) - (إذا طلب أحد شراء المال الذي في يد شخص آخر أو استئجاره أو استعارته أو قال: هبني إياه وأودعني إياه أو قال الآخر: خذه وديعة وقبل يكون قد أقر بعدم كون المال له).

إذا طلب أحد شراء المال الذي في يد شخص آخر أو في يد وكيله أو استئجاره أو استعارته أو قال هبني إياه أو أودعني إياه أو قال الآخر خذه وديعة وقبل ففي هذه الصور الست يكون قد أقر بعدم كون المال له بالاتفاق واقر ضمناً على كون المال ملكاً لذى اليد على رواية والحكم وأحد سواء وقع الطلب من صاحب المال ذي اليد أو من وكيله (الدر المختار).

وفي الانقروي عن الاستروشية؛ إن الاستشراء من غير المدعى عليه نظير الاستشراء من المدعى عليه حتى لو أقام المدعى عليه بينة أن المدعي استشرى هذه العين من فلان كان دفعاً.

ومسألة الاستئجار قد قيدت من بعض الفقهاء وقيل فيها: إن منافاة الاستئجار بدعوى الملكية هو في حالة عدم ظهور ملكية المستأجر في المأجور. أما لو استأجر الراهن أو البائع وفاء المال المرهون أو المبيع فلا يكون ذلك إقراراً منه بعدم ملكية ذلك المال. حتى أن استئجار المرهون لم يجز فلا تجب الأجرة فيه على المستأجر صاحب المال (تكملة رد المحتار).

يجب أن يفهم من هذه المادة مسألتان:

المسألة الأولى: إن طلب الشراء وغيره إقرار منه بأن المال لم يكن ماله وقد اتفق العلماء في هذه المسألة مثلا. لو طلب أحد شراء مال آخر الذي في يد وكيله فليس له أن يدعي أن ذلك المال له قبل المساومة أو لوالده المتوفى قبل المساومة ما لم يقل: إن المال لوالدي وقد وكل هذا الشخص

بالبيع وقد ساومته ولم نتفق على الشراء ثم توفي والدي وبقي ميراثاً لي.

كذلك لو ادعى الوكيل بالخصومة مالاً من آخر فادعى المدعى عليه أن ذلك الوكيل قد ساومه على المال في مجلس القضاء وأثبت ذلك فلا يبقى للوكيل وللموكل حق الخصومة أما لو أثبت أن الوكيل ساومه في غير مجلس القضاء فيخرج الوكيل عن الخصومة ولكن تبقى خصومة الموكل.

ويفهم من إطلاق عبارة (ذي اليد) في هذه المسألة بأن ذا اليد لو كان مدعى عليه وطلب آخر الشراء منه يكون ذلك إقراراً منه كما أنه لو طلب الشراء من شخص آخر غير المدعى عليه يكون إقراراً منه أيضاً لأن المال لم يكن ماله فلذلك لو ادعى أحد بأن المال الذي في يد آخر هو ماله فدفع ذو اليد الدعوى قائلاً: إنك طلبت شراء هذا المال من فلان وأثبت ذلك فتندفع دعوى المدعي (تكملة رد المحتار ورد المحتار).

المسألة الثانية: الإقرار بأن ذلك المال هو ملك ذلك الشخص. ان في هذه المسألة الثانية اختلاف فعلى رواية بأن ذلك إقرار بملكية ذلك الشخص لذلك المال وعلى رواية أخرى بأنه لم يكن إقراراً؛ لأن الاستيام يكون بعضاً مع وكيل المالك فلا يكون في ذلك إقراراً بالملك لذي اليد، وتظهر ثمرة الخلاف في المسألة الآتية:

لو استشرى أحد المال الذي في يد آخر ثم ادعى ذلك المال لآخر بالوكالة أو الوصاية فدعواه غير صحيحة على الرواية الأولى كما أنها غير صحيحة لو ادعى المال لنفسه. ودعواه بالوكالة أو الوصاية صحيحة حسب الرواية الثانية.

كذلك لو استأجر أحد حانوتاً من آخر ثم ادعى الحانوت المذكور لابنه الصغير وأقام البينة تقبل. لأن الاستئجار وإن يكن إقراراً من المستأجر بعدم ملكيته في المأجور إلا أنه ليس إقراراً بملك المؤجر المأجور. ولأن كون المأجور غير ملك للمستأجر لا يمنع أن يكون ملكاً للغير وعليه فلذلك الشخص أن يدعي ذلك الملك بالنيابة عن غيره.

وقد رجحت هاتان الروايتان بالقول عنهما وهو الصحيح وصاحب الدر المحتار قد قبل الرواية الأولى والأنقروي رجح الرواية الثانية (تكملة رد المحتار) وفي هذه المادة لا يوجد دليل بترجيح إحدى هاتين الروايتين.

إذا صدر من المدعي شيء يدل على أن المدعى به ملك للمدعى عليه فليس للمدعي أن يدعي ذلك المال لنفسه أو أن يدعيه لغيره. لأن في ذلك تناقضاً: ولكن لو صدر من المدعي شيء يدل على كون المدعى به ليس ملكاً له ولكن لا يدل على كون المدعى به ملكاً للمدعى عليه فدعواه ذلك المال لنفسه باطلة أما دعواه لغيره فصحيحة وإذا كان الشيء الصادر من المدعي لا يدل على الإقرار بملكية المدعى عليه فيجب ترجيح ذلك بالقرائن وإلا فلا يحصل الإقرار بالشك

(التكملة)[١].

مستثنى: لو كان المال المشترى ثياباً ملفوفة في شيء (كغلاف) ولم يعلمها المساوم فطلب شرائها ليس إقراراً بأنها ملكه فلذلك لو ادعي بأنها غير ملكه تسمع دعواه (تكملة رد المحتار).

إن الاستشراء ليس بإقرار صريح بأن المال ملك للبائع بل هو إقرار ضمني فلذلك لو استشرى أحد مالاً من آخر وضبط أبو المشتري ذلك المال بالاستحقاق ثم توفي والده وورث المشتري ذلك المال فلا يؤمر الوارث برد المال للبائع ويسترد المشتري ثمن المبيع من البائع. أما إذا أقر صريحاً حين البيع بأن ذلك المال ملكاً للبائع فيؤمر برد ذلك المال (رد المحتار) انظر (المادة ١٥٧٥).

المادة (١٥٨٤) - (الإقرار المعلق بالشرط باطل. ولكن إذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس يحمل على إقراره بالدين المؤجل مثلاً لو قال أحد لآخر: إذا وصلت المحل الفلاني أو إذا أخذت على عهدتي المصلحة الفلانية فإنني مدين لك بكذا فيكون إقراره هذا باطلاً ولا يلزمه تأدية المبلغ المذكور ولكن إذا قال إذا أتى أول الشهر الفلاني أو يوم قاسم فإنني مدين لك بكذا يحمل على الإقرار بالدين المؤجل ويلزم عليه تأدية المبلغ عند حلول ذلك الوقت، راجع المادة ٤٠).

يوجد قاعدتان في تعليق الإقرار على شرط:

القاعدة الأولى: إذا علق الإقرار على شرط فإن كان الشرط غير صالح لحلول الأجل وغير معدود من آجال الناس فيكون هذا الشرط مانعاً لصحة الإقرار.

القاعدة الثانية: إذا كان ذلك الشرط صالحاً لحلول الأجل ومعدوداً من آجال الناس فلا يمنع الشرط المذكور صحة الإقرار (المحيط).

إيضاح القاعدة الأولى:

إن الإقرار المعلق على شرط فيه احتمال وجود الخطر من عدم وجوده باطل. أما التعليق على شرط كائن فهو في الحقيقة تنجيز وليس بتعليق (رد المحتار في الاستثناء من الإقرار).

---

(١) وإنما تكون المساومة إقراراً بالملك إذا صدرت بقوله: يعني هذا أوهبني أو أجرني ونحوه لأنه جازم بأنه ملكه وقد طلب شراه منه أو هبته أو إجارته. أما لو قال تبيع لي هذا أو أبيع هذا أو هل أنت بائع لا يكون إقراراً بل استفهاماً لأنه يحتمل أن يقصد بذلك إظهار حالة هل يدّعي الملكية أو لعله يريد أن يبيعه له وكالة عنه أو فضولاً فلا يكون إقراراً له بالملك (تكملة رد المحتار).

وعليه فالإقرار المعلق على الموت صحيح. فلو قال أحد: إذا مت فإنني مدين لفلان بألف درهم كان إقراره صحيحاً ويلزمه الدين في الحال. لأن الموت واقع لا محالة وليس فيه خطر. فلا يكون ذلك تعليقاً في الحقيقة بل هو إشهاد على الدين منعاً لإنكار الورثة وهذا التعليق ما هو إلا تأكيد للإقرار. لأنه يجب صيانة تصرف العاقل من الإلغاء بقدر الإمكان، ويكون هذا في هذه المسألة بحمل التعليق المذكور على معنى الإشهاد. لكن لو رضي المقر بإلغاء كلامه قائلاً: بأنني قصدت التعليق فلا ينظر إلى رضائه لتعلق حق المقر له (تكملة رد المحتار والزيلعي والبحر).

الخلاصة: إن تعليق الإقرار يكون على ثلاثة **أوجه**:

الوجه الأول: أن يصل المقر إقراره بعبارة إن شاء الله فهذا الإقرار باطل كما سيوضح فيما يأتي:

الوجه الثاني: آن يصل المقر إقراره بكلام مستلزم تعليقاً مخطراً كقوله إن شاء فلان فهذا القول تعليق والإقرار باطل بالإتفاق.

الوجه الثالث: التعليق على شرط كائن لا محالة فالإقرار بالتعليق على هذا الوجه صحيح كقوله إذا مت (تكملة رد المحتار).

إيضاح القاعدة الثانية:

ولكن إذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس أي أن يعلق المقر به على شيء يتضمن الأجل يحمل على إقراره بالدين المؤجل فإذا صدق المقر له الأجل أو أثبت المقر الأجل فبها. وإلا يحلف المقر له على عدم الأجل فإذا نكل يثبت الأجل وإذا حلف يكون المقر مجبوراً على دفع المبلغ المقر به معجلاً.

أمثلة للقاعدة الأولى: مثلاً لو قال أحد لآخر، إذا وصلت المحل الفلاني أو أخذت على عاتقي المصلحة الفلانية أو إذا هب الريح، أو إذا أمطرت السماء، أو إذا دخلت داري، أو إذا أراد الله، أو إذا حكم الله أو إذا رضي الله، أو إذا قدر الله، أو إذا دبر الله، أو إذا أقرضتني كذا درهماً، أو إذا حلفت يميناً بأنني مدين لك[1]، أو إذا ادعى أحد من آخر كذا درهماً فقال المدعى عليه للمدعي: إذا لم أؤد لك المبلغ المدعى به في اليوم الفلاني فإنني مدين لك بكذا درهماً فيكون إقراره هذا في جميع ما تقدم باطلاً. ولو وجد الشرط بأن وصل إلي ذلك المحل أو أخذ على عاتقه تلك المصلحة. ولا يلزمه أداء المبلغ المذكور للمقر له (البحر).

كذلك لو قال أحد: مهما أقر فلان لي بشيء فإنني مقر له به فلا يصح.

إن بعض التعليقات المبطلة للإقرار هي:

أن يقول أحد لآخر: إذا حلفت اليمين فإن ما ادعيته لك، أو أنني مدين لفلان ما لم يظهر لي

---

(١) حتى أنه إذا أداه بعد حلف اليمين فله استرداده.

غير ذلك أو أرى غير ذلك، أو أنني مدين لفلان على ما أعلم، أو قوله اشهدوا بأنني مدين لفلان على ما أعلم، أو قوله انني مدين لفلان بشهادة فلان أو على علمه فلا يصح الإقرار، فلو حلف لا يلزمه ولو دفع بناءً على أنه يلزمه فله استرداد المدفوع كما في البحر لأنه في معنى الشرط. ولو قال وجدت في دفتري أنه على كذا فهو باطل وقال جماعة من أئمة بلخ أنه يلزمه لأنه لا يكتب في دفتره إلا ما عليه صيانة للناس وللبناء على العادة الظاهرة (التكملة) ولأن العرف والعادة على هذا الوجه.

وكذلك إذا قال المقر لفظ إن شاء الله أو إن شاء فلان موصولاً بإقراره يبطل الإقرار ولو قال ذلك عن غير قصد حتى إذا طلبه المقر له بعد ذلك فلا يلزمه شيء لأنه علق ولم ينجز واللزوم حكم التنجيز لا التعليق. ولأن مشيئة فلان لا توجب الملك (تكملة رد المحتار) أما إذا لم يقل كلمة إن شاء الله موصولة بإقراره بل قالها مفصولة فلا يبطل إقراره. لأن الإقرار قد تم بالكلام الأول ما لم يحصل عدم الوصل بأحد الأعذار، كالنفس والسعال وأخذ الفم (التنوير والتكملة).

وقيد بالوصل لأنه لو كان مفصولاً لا يؤثر خلافاً لابن عباس. كذلك الحكم على هذا الوجه في تعليق الإقرار على مشيئة من لم تكن مشيئته معلومة كالملائكة والجن. مثلاً لو قال أحد: إنني مدين لفلان بألف درهم إذا شاءت الملائكة فالإقرار باطل (التكملة). فعليه لو ادعى المقر أنه قال لفظ إن شاء الله موصولاً بإقراره ينظر: فبما أن المدعي يدعي بحقه وأن المدعى عليه قد أقر بذلك الحق والمقر ينكر دينه وإقراره فبعد أن يثبت المدعي إقراره فإذا ادعى بأنه قال ذلك اللفظ فعليه الإثبات وإلا لا يقبل قوله. لأن المقر يريد إبطال حق الغير بعد تقرره. أما لو قال المقر ابتداءً: إنني أقررت بأنني مدين لفلان بألف درهم واستثنيت ذلك في إقراري فيقبل قوله بلا بينة وكأنه قد قال إنني مدين لفلان بألف درهم إن شاء الله (تكملة رد المحتار) ولو صدر هذا التعليق من اللسان من غير قصد فهو مبطل للإقرار أيضاً. (التكملة).

مستثنى: إذا كان المقر به عقداً قابلاً للخيار كأن يقر بدين ناتج عن عقد فيه خيار شرط فالإقرار صحيح.

مثلاً: لو قال أحد لآخر، إنني مدين لك بعشرة دنانير من ثمن المبيع الذي اشتريته منك على شرط الخيار فالإقرار جائز. كذلك لو أقر بدينه من جهة كفالة كان مخيراً فيها لمدة معلومة يصح الإقرار. لأن الكفالة من العقود التي يصح فيها خيار الشرط. وإذا أنكر المقر له الخيار فعلى المقر إثبات ذلك فإذا لم يثبت فالقول للمقر له (تكملة رد المحتار).

مثال للقاعدة **الثانية**:

ولكن إذا قال، إن أتى أول **الشهر الفلاني** أو يوم قاسم أو يوم العيد فإنني مدين لك بكذا. فحيث أن هذا التعليق تعليق صالح لحلول الأجل وأصبح هذا اللفظ من حيث العرف ليس تعليق الإقرار بشرط بل إقرار بالدين المؤجل فيحمل على ذلك، فإذا صدق المقر له الأجل يلزم تسليم المقر به للمقر له عند حلول ذلك الوقت انظر المادة (٤٠) لأن من العادة ذكر ذلك لبيان مدة الأجل

فلذلك يترك المعنى الحقيقي بناء على العرف. أما إذا لم يصدق المقر له الأجل وعجز المقر عن إثباته فألقوا مع اليمين على عدم الأجل للمقر له فيجب تأدية المقر به في الحال (الخانية بإيضاح).

الإقرار بشرط الخيار. قد ذكر في شرح المادة (١٥٧٢). لأن الإقرار الواقع بخيار شرط صحيح والشرط باطل ولا يعتبر تصديق المقر له للخيار (الدر المختار).

مثلاً: لو قال أحد: إنني مدين لفلان من جهة القرض بعشرة دنانير أو قال: إنني غصبت ماله أو انني استودعته أو استعرته على أن أكون مخيراً في إقراري ثلاثة أيام فيلزمه المقر به بلا خيار. لأن المقصد من الخيار الفسخ. ولما كان الإقرار أخباراً كان واجب العمل به إذا كان صادقاً وواجب الرد إذا كان كاذباً فهو غير محتمل الفسخ ولا يتغير حكمه بالاختيار أو عدم الاختيار فلذلك لا يصح فيه خيار (الدرر والعناية والكفاية).

سؤال: الإقرار يرد بالرد وهذا فسخ.

الجواب: الرد ليس فسخاً للإقرار. لأن الفسخ عبارة عن رفع شيء بعد الثبوت ورد الإقرار هو بحسب الأصل عدم ثبوت الإقرار وليس رفعاً بعد الثبوت. لأنه لما كان الإقرار محتملاً للصدق والكذب فإذا كذبه المقر له يثبت الكذب في حقه (التكملة).

المادة (١٥٨٥) - (الإقرار بالمشاع صحيح فعليه إذا أقر أحد بحصة شائعة من ملك عقار في يده كالنصف أو الثلث وصدقه الآخر ثم توفي المقر قبل الإفراز والتسليم فلا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة هذا الإقرار).

الاقرار بالمشاع صحيح سواء كان المشاع قابلاً للقسمة أو غير قابل. لأن الاقرار اخبار وليس بانشاء فان التمليك بلا بدل هبة فلو كان الاقرار انشاء لما جاز الاقرار بمشاع قابل القسمة. انظر شرح المادة (١٥٧٢) فعليه لو اقر أحد لاخر بحصة شائعة من الملك العقار الذي في يده كاقراره بنصفه أو ثلثه وصدق المقر له ذلك ثم توفي المقر قبل الافراز وقبل تسليم الحصة المفرزة للمقر له فلا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة الاقرار.

وليس تعبير (عقار) الوارد في مثال المجلة تعبيراً احترازياً فيصح أيضاً الاقرار بالمال المنقول المشاع. كما ان تعبير (تصديق) ليس احترازاً من السكوت بل احتراز من الرد أنظر المادة (١٥٨٠).

المادة (١٥٨٦) - (اقرار الأخرس باشارته المعهودة معتبر ولكن اقرار الناطق باشارته لا يعتبر، مثلاً لو قال احد للناطق: هل لفلان عليك كذا دراهم فلا يكون قد اقر بذلك الحق إذا خفض راسه).

اقرار الأخرس المتعلق بالمعاملات باشارته المعهودة أو كتابته معتبر. فلذلك إذا اقر الأخرس

ببيع أو اجارة أو هبة أو رهن أو نكاح أو طلاق أو ابراء وقصاص على المعتمد فيه باشارته المخصوصة فهو صحيح ولو كان قادراً على الكتابة. والاشارة المعهودة تكون باعضائه كاليد والحاجب وفي هذه الصورة إذا كان القاضي واقفاً على معنى اشارة الأخرس فبها، وإلّا يسأل من أخوان الأخرس أو اصدقائه الذين يعرفون ما هو المقصد من تلك الاشارة وهؤلاء يوضحون ويفسرون بحضور القاضي مقصد الأخرس ويجب أن يكون هؤلاء عدولاً وممن يقبل قولهم، لأنه لا يعتمد كلام الفاسق (رد المحتار) أما اقراره في الحدود ولو كان حد القذف فغير معتبر.

ويشار بقوله (اشارته المعهودة) بانه اذا كانت الاشارة غيرة معهودة لا يعمل بها.

أما اقرار معتقل اللسان فاذا دام اعتقاله إلى زمن موته فاقراره واشهاده صحيحان. أنظر المادة (٧٠) (النتيجة والطحطاوي وتكملة رد المحتار).

ولكن اقرار الناطق باشارته لا يعتبر لأن الاشارة تقوم مقام اللفظ عند العجز عنه واقرار الناطق باشارته غير معتبر سواء كان في المال كالبيع والاجارة أو كان متعلقاً بالحدود.

مثلاً، لو قال أحد للناطق: هل لفلان عليك كذا دراهم حقاً فلا يكون قد اقر بذلك الحق إذا خفض راسه، كذلك لو قال احد لشخص ناطق: هل بعت دارك أو هل اجرتها أو وهبتها فخفض ذلك الشخص راسه فلا يكون بتخفيضه راسه قد اقر بالبيع أو الإجارة أو الهبة.

تتمة في حق الإقرار بالنسب والاقرباء والزوجية:

الاقرار بالولد، لو اقر **احدان الولد** الفلاني ولده فيصح هذا الاقرار بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون ذلك الولد في مولده أو في البلدة الموجود فيها (اي بلدة موضع الاقرار والدعوى) مجهول النسب لكن اذا كان الولد مجهول النسب في موضع الدعوى وحكم بنسبه للمدعي ووردت بينة من مولده بأن نسبه لغير المدعي فتبطل بذلك الدعوى الأولى. أما إذ ثبت النسب بالاقرار الواقع بناء على كونه مجهول النسب في مولده فلا تنقض الدعوى بعد ذلك.

الشرط الثاني: يجب أن يكون المدعي في سن بحيث يكون ذلك الولد صالحاً لان يكون ولـده اي إذا كان المقر رجلاً أن يكون اكبر من ذلك الولد باثنتي عشرة سنة ونصف وإذا كان امرأة ان تكون **أكبربيسع** سنين ونصف. انظر المادة (١٥٧٢)

الشرط الثالث: أن يصدق الولد المقر إذا كان الولد مميزاً. أما إذا لم يكن مميزاً فلا حاجة للتصديق. لأن غير المميز في يد الغير بمنزلة البهيمة وتصديقه غير معتبر بخلاف المميز. لأنه في يد نفسه. فاذا اقر احد بالولد مع وجود هذه الشروط فيثبت نسبه منه ويشارك هذا الولد الورثة الأخرى في الارث لأنه من ضروريات ثبوت النسب وليس للمقر بعد ذلك الرجوع عن اقراره. لأن النسب غير قابل للابطال بعد إلثبوت. أما اذا عدم احد هذه الشروط كأن يكون نسب الولد ثابتاً من شخص آخر لو كان حسب السن غير صالح لأن يكون ولده. أو كان الولد صغيراً مميزاً

فلم يصدق المقر. فلا يثبت نسبه من المقر.

الاقرار بالأبوين: إذا اقر احد بأبويه وان عليا فالاقرار صحيح مع الشروط المتقدمة. مثلاً لو قال احد: إن هذا ابي فيجب أن يكون المقر مجهول النسب كما أنه يجب أن يكون المقر صالحاً لأن يكون ولداً لذلك الرجل (الدر المختار وتكملته في اقرار المريض).

الاقرار بالقرابة الموجبة تحميل النسب للغير: لو اقر احد لاخر بنسب على الغير بصورة لا تثبت نسب ذلك الشخص من الغير فهذا الاقرار صحيح ويترتب على ذلك بعض أحكام كالاقرار بالاخ والجد وبالعم وبابن الابن. وقد أعطيت بعض تفصيلات عن ذلك في مؤلفنا تسهيل الفرائض.

مثلاً لو توفي احد وترك ولدين فأقر احد الولدين بأن شخصاً ابن ابيه فاقراره صحيح من حيث المال فيرد المقر نصف ما اخذه من الحصة الارثية لذلك الشخص الثالث. أما اقراره من حيث النسب فغير صحيح فلا يعد الشخص المذكور ولداً للمتوفي (الدر المختار وتكملته).

الاقرار بالزوجية: لو اقر احد بأن المرأة الفلانية هي زوجته فيصح اقراره بالشروط الأربعة الآتية:

١ ـ يجب ألا تكون تلك المراة في نكاح الغير أوعدته.

٢ ـ يجب ألا تكون في عصمة المقر امرأة أخرى لا يجوز جمعها معها كاختها مثلاً.

٣ ـ ألا يكون في نكاح المقر اربع زوجات غيرها[1].

٤ ـ ألا تكون المذكورة مجوسية أو وثنية ممن لا يجوز نكاحها (تكملة رد المحتار).

خلاصة الباب الثاني

وجوه صحة الاقرار

١ ـ الاقرار بالمجهول صحيح في الأمور التي تصح مع الجهالة كالغصب والوديعة والسرقة ولكن الاقرار المتضمن (١) الترديد (٢) ونفي الملك (٣) والاشتراك **الأبعد** اقراراً بالمجهول. شرح المادة (١٥٧٩)

٢ ـ الاقرار من وجه اخبار فلذلك: (١) لا يتوقف على تصديق وقبول المقر له (٢) اقرار المشاع صحيح.

(١) ولو كان معه اربع سواها أو معه حرة واقر بنكاح الامة لا يصح الاقرار.

٣ ـ الاقرار من وجه انشاء فلذلك يرد برد المقر له ولكن رد المقر له صحيح في حقه فقط فاذا تجاوز الغير فلا حكم له.

٤ ـ الاختلاف في سبب المقر به ليس مانعاً من صحة الاقرار فيصح الاقرار ويبطل السبب.

٥ ـ اذا ذكر المقر مطلوب المدعي صراحة أو اشار إلى مطلوبه بضمير فيكون قد اقر للمدعى بالمطلوب المذكور (المسائل المتفرعة عنه. المادة ١٥٨٢ وشرحها) إذا لم يذكر الاقرار صراحة أو لم يشر إليه فلا يعد اقراراً.

٦ ـ الاقرار المعلق بالشرط باطل. إذا وقع بخيار الشرط فالشرط باطل ولكن الاقرار صحيح، وعليه فالاقراران الآتيان باطلان بالاتفاق وأما الثالث فصحيح:

١ ـ وصل المقر اقراره بلفظ ان شاء الله.

٢ ـ وصل المقر اقراره بلفظ ان شاء فلان.

٣ ـ تعليق الاقرار على شرط كائن.

٧ ـ اقرار الاخرس باشارته المعهودة وكتابته المتعلقة بالمعاملات معتبر. اشارة الناطق غير معتبرة لأن الضرورات تقدر بقدرها.

الباب الثالث

في بيان احكام الاقرار ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الأول

في بيان احكام الاقرار العمومية

المادة (١٥٨٧) - (يلزم المرء باقراره بموجب المادة التاسعة والسبعين، ولكن إذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لاقراره حكم، فعليه لو ظهر مستحق لشيء في يد آخر قد اشتراه وادعى المستحق ذلك الشيء ولدى المحاكمة قال ذلك الآخر: ان هذا المال هو لفلان وقد باعني اياه. إلّا أن المستحق اثبت دعواه وحكم الحاكم له. فللمشتري الرجوع على البائع ويسترد ثمن المبيع منه وان كان قد اقر حين المحاكمة بأن ذلك الشيء مال البائع وأنكر دعوة المستحق لأن اقراره قد كذب بحكم الحاكم ولم يبق له حكم فلا يكون مانعاً من الرجوع)

يلزم المرء باقراره حسب ما جاء في المادة (٧٩) ولو كان الاقرار الواقع غير مطابق لنفس الأمر إذا لم يكذب اقراره شرعاً.

الالزام بالاقرار اشد اسباب الحكم واقوى من البينة لأن الحكم بالاقرار مقطوع به بينما الحكم بالبينة مظنون فيه (معين الحكام)

ولو لم يكن الاقرار مطابقاً لنفس الأمر فلو اقر احد المشروط له بغلة الوقف أو ببعضها بانه لا يستحق تلك الغلة وأن فلاناً يستحقها فاقراره صحيح ولو خالف مضمون الوقفية ويسقط حق المقر.

ولكن لو قال المشروط له. قد جعلت غلة الوقف لفلان أو اسقطت حقي منها فلا يصح لأن هذا الكلام ليس باقرار (الدر المختار في الاقرار).

ويتفرع عن هذه المادة المسائل الاتية:

١ - لا يصح الرجوع في الاقرار حسب ما جاء في المادة (١٥٨٨).

٢ ـ اذا اقر الوارث المعروف بوارث اخر فيجب على المقر أن يؤدي للمقر له حصته الارثية حسب اقراره. مثلاً لو توفي احد وترك ولدين (زيد وعمرو) واقر زيد بأن بكراً اخوهما فيجب على زيد ان يؤدي نصف الذي ياخذه من التركة (اي الربع) لبكر وليس لهذا الاقرار اي تأثير على عمرو كما أنه لا يثبت بهذا الاقرار نسب بكر من المتوفي. وبتعبير اخر ان الاقرار المذكور معتبر في المال وليس في النسب لان في هذا الاقرار تحميل النسب للغير أي على المتوفي واقرار في حق الغير. حيث انه ليس للمقر ولاية على الغير فلا يجوز هذا الاقرار في حق الغير (واقعات المفتين وصرة الفتاوى في الاقرار والدر المختار).

٣ ـ لو توفي أحد وله في ذمة آخر مائة دينار وترك ولدين وأقر أحدهما بأن والده قد قبض في حياته خمسين ديناراً من مدينه المذكور فاقراره صحيح في حصته فليس للمقر المذكور أخذ شيء من المدين أما الابن الآخر فيأخذ الخمسين ديناراً ويحصرها في حصته بعد أن يحلف اليمين بطلب الأخ المقر على عدم العلم بقبض والده خمسين ديناراً.

٤ ـ لا عذر للمقر وهو أنه لو تحاسب أحد مع صراف على القرض الذي أخذه والتسليمات التي دفعها وأقر بأنه مدين من باقي الحساب بألف درهم فليس له بعد أيام نقض اقراره وطلب إعادة الحساب مع الصراف.

سؤال: بما أن الإقرار حسب المادة (١٥٧٢) خبر والخبر محتمل للصدق والكذب فكان من الواجب ألا يكون الإقرار حجة ودليلاً.

الجواب: قد ذكر في شرح المادة (٧٩) الجواب على ذلك.

قد ذكر في شرح المادة (١٥٧٢) أن لبعض الألفاظ اختصاصا بالإقرار بالدين ولبعضها اختصاصاً بالاقرار بالأمانة.

كون جهة من الكلام إقراراً وجهة منه دعوى.

إذا كانت جهة من كلام المقر إقراراً وجهة منه دعوى فيؤاخذ بإقراره. أما جهة الدعوى فيكلف بإثباتها. لأنه إذا أقر المرء على نفسه بحق الغير يؤاخذ في الحال. أما إذا ادعى على الغير بحق فلا تقبل دعواه بلا حجة. والمسائل المتفرعة عن هذه القاعدة هي:

١ ـ إذا أقر أحد بدين مؤجل فادعى المقر له بأن الدين حال وكذب الاجل فيلزم الدين حالا ما لم يثبت المقر بأن الدين مؤجل. وإذا عجز عن الإثبات يحلف المقر له على عدم الأجل. حتى أنه للمدين بدين مؤجل إذا خاف أن ينكر خصمه الأجل في حالة قراره بالدين المؤجل أن ينكر الدين بدون أن يقصد إبطال حق الدائن ويقر بالدين حين حلول الأجل ويؤدي دينه، ومع ذلك فإن هذه الإيضاحات هي في حالة عدم ذكر المقر الأجل موصولاً. أما إذا ذكر المقر الأجل موصولاً بكلامه فيجب تصديقه في الأجل أيضاً (تكملة رد المحتار والبحر).

٢ ـ لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك خمسة عشر ديناراً وأخذت منها خمسة دنانير وبقي في ذمتك عشرة دنانير فأدني إياها فأجابه المدعى عليه بقوله: إنني لم أكن مديناً لك بشيء وعجز المدعي عن الإثبات. فلذلك يؤمر المدعي بأن يؤدي للمدعى عليه الخمسة دنانير التي أقر بقبضها إذا طلب المدعى عليه ذلك، كذلك لو قال أحد: إنني أخذت من فلان العشرة دنانير التي اقرضتها له أو التي كان مديناً لي بها وأنكر ذلك الشخص دينه فيجبر المقر على إعادة العشرة دنانير التي أقر بقبضها. لأن القابض قد أقر بأنها ملكه وأنه اخذها منه اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه إذ الديون تقضي بأمثالها. فإذا أقر بالإقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى عليهما براءته من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره والقول للمنكر (مجمع الأنهر).

٣ ـ لو قال أحد عن الحصان الذي في يده، أن هذا الحصان لفلان قد استأجرته منه فيصدق إقراره على كون الحصان لفلان ويؤاخذ بذلك. أما قوله استأجرته منه فلا يقبل بلا بينة لأنها دعوى بلا حجة (الدر المختار).

٤ ـ لو أقر أحد قائلاً: إن هذه العشرة دنانير كانت وديعة لي عند فلان وقد اخذتها منه وادعى ذلك الشخص أن العشرة دنانير له فله استردادها من ذلك الشخص. لأن ذلك الشخص قد أقر أن يد ذلك الشخص موضوعة على الدنانير وادعى الاستحقاق فيها والآخر ينكر دعواه والقول للمنكر (الهداية) يعني لو قال أحد لآخر: إن هذا المال كان وديعة لي عندك وقد أخذته منك وقال ذلك الشخص أن المال مالي ولم يثبت المقر دعواه فله استرداد ذلك عيناً إذا كان موجوداً وبدله إذا كان متلفاً. لأن المقر قد أقر بوضع يد الآخر عل المال وادعى استحقاقه بعد ذلك فيه. فلذلك يجب عليه إعادة المال لواضع اليد الحقيقي وأن يثبت بعد ذلك استحقاقه فيه إذا كان مقتدراً على الإثبات (مجمع الأنهر).

ولكن ليس الحكم في المسائل الآتية على ذلك الوجه:

١ ـ إذا أقر الكفيل بالدين المؤجل فالقول بالتأجيل للكفيل وليس للمقر له (الزيلعي) لأن الأجل في الكفالة يثبت بعضاً بلا شرط على ما جاء في المادة (٦٥٢). فلذلك فالأجل في الكفالة هو نوع من الكفالة والكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة. ففي هذه الصورة الإقرار بنوع من الكفالة لا يكون إقراراً بالنوع الآخر (تكملة رد المحتار).

٢ ـ لو أقر المدين بأنه مدين بسكة مغشوشة وكذبه المقر له في صفة المغشوشة فتلزم المغشوشة. لأن المغشوشة هي نوع فالاقرار بالمغشوشة هو إقرار بالنوع. (تكملة رد المحتار).

الحكم فيما إذا تكرر الإقرار: إذا تكرر الإقرار فأما أن يكون مضافاً للسبب أو لا. فإذا أضيف لسبب فإما أن يكون السبب متحداً أو مختلفاً فإذا كان السبب متحداً فيلزم دين واحد. مثلاً: لو قال أحد في مجلس؛ إنني مدين لفلان بعشرة دنانير ثمن هذا الحصان، ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر بأنه مدين بعشرة دنانير ثمن هذا الحصان وكان الحصان واحداً فيلزمه

عشرة دنانير فقط ولا يلزمه عشرون ديناراً بسبب إقراره مرتين.

أما إذا كان السبب مختلفاً فيلزم المقر دينان، مثلاً لو أقر أحد في مجلس قائلاً: إنني مدين لفلان بعشرة دنانير ثمن هذا الحصان ثم أقر في ذلك المجلس أو في مجلس آخر قائلاً: إنني مدين لذلك الشخص بعشرة دنانير ثمن بغلة فيلزمه الدينان أي العشرون ديناراً.

أما إذا لم يضف الإقرار لسبب فأما أن يحرر سند وحجة به أو لا يحرر، فإذا كان السند والحجة المحررة واحداً فيلزم دين واحد؛ مثلاً: لو قال أحد في مجلس ؛أنني مدين بهذا السند والحجة لفلان بعشرة دنانير ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر بأنه مدين لذلك الشخص بعشرة دنانير مشيراً إلى ذلك السند والحجة فيلزمه دين واحد أي عشرة دنانير فقط، ولا يلزمه عشرون ديناراً بداعي أنه أقر بعشرة دنانير مرتين في مجلسين، أما إذا كان السند والحجة المحررة متصدراًوكان بالرضى اثنان فيلزمه دينان، مثلاً لو أقر أحد في مجلس قائلاً: إنني مدين لفلان بعشرة دنانير مشيراً إلى سند، ثم أقر في ذلك المجلس أو في مجلس آخر بأنه مدين لذلك الشخص بعشرة دنانير مشيراً إلى سند آخر فيلزمه عشرون ديناراً، وينزل اختلاف الصك بمنزلة اختلاف السبب.

فإذا لم يحرر سند وحجة فإذا كان الإقرار الأول في غير حضور القاضي والإقرار الثاني في حضور القاضي فيلزمه دين واحد. مثلاً لو أقر أحد في مجلس قائلاً: إنني مدين لفلان بألف درهم ثم أن ذلك الآخر دعى المقر إلى مجلس القاضي فأقر المقر أثناء الدعوى بدينه بالألف درهم فيلزمه الألف درهم فقط ولا يلزمه أن يؤدي ألف درهم أخرى حسب اقراره الأول. أما إذا كان كلا الإقرارين في حضور القاضي وفي مجلسين وادعى الطالب بموجب الإقرارين فإذا ادعى المدين والمطلوب منه بأن الدين واحد فالقول قوله.

وإذا كان الإقراران في غير حضور القاضي واشهد على كل إقرار شهوداً مختلفين عن شهود الإقرار الآخر أو اشهد على أحد الإقرارين شاهداً واحداً واشهد على الاقرار الثاني شاهدين أو أكثر فيلزمه أيضاً دين واحد. أما عند الإمام الأعظم إذا أشهد على إقرار شاهدين واشهد على الإقرار الآخر شاهدين آخرين فيلزمه دينان إذا ادعى الطالب كليهما. ويلزم عند الإمامين دين واحد إذا كان الدينان المقر بهما متساويين أما إذا لم يكونا متساويين فيلزم الأكثر (تكملة رد المحتار وصرة الفتاوى في الإقرار والخانية).

ولكن إذا كذب إقرار المقر بحكم الحاكم فلا يبقى لإقراره حكم، ويتفرع على هذه الفقرة خمس مسائل وهي:

١ ـ **الاستحقاق**: لو ظهر مستحق لشيء في يد آخر قد اشتراه وادعاه المستحق فقال ذلك الآخر إن هذا الشيء كان مال فلان باعني إياه. إلا أن المستحق أثبت دعواه وحكم له الحاكم بها فللمشتري الرجوع على البائع واسترداد ثمن المبيع منه. لأنه قد ثبت أن البائع قد أخذ الثمن من المشتري وان كان قد أقر حين المحاكمة بكون ذلك الشيء مال البائع وأنكر دعوى المستحق. **لأن**

إقراره هذا قد كذب بحكم الحاكم. ولم يبق له حكم فلا يكون مانعاً للرجوع. أنظر المادة (١٦٥٤). فلذلك لو دخل ذلك الشيء في ملك المقر بطريق الاشتراء أو الإتهاب أو الارث فليس للبائع أن يسترده منه بداعي أنه ملكه وأنه أقر له بذلك حسب الإيضاحات المبينة في المادة (١٥٧٢) ولو كان المقر قد أقر حين الاشتراء أو المحاكمة بأن المال المذكور ملك للبائع. أنظر شرح المادة (١٥٨٣) (الخانية).

٢ ـ الرد بخيار العيب: لو باع أحد المال الذي اشتراه لآخر فأراد المشتري الثاني رد المبيع بسبب كونه معيباً بعيب قديم وانكر المشتري الأول العيب القديم فأثبت المشتري الثاني ذلك ورد المبيع للمشتري الأول فللمشتري الأول رده لبائعه بالعيب المذكور رغماً عن إقراره حين المحاكمة بأنه لم يكن في المبيع عيب وإنكاره دعوى المشتري الثاني حيث أنه قد كذب في ذلك بحكم الحاكم فلا يمنعه إقراره المذكور من الرد.

٣ ـ الكفالة: لو ادعى أحد على آخر بأنه قد كفل مدينه فلانا بعشرة دنانير وأنكر ذلك الشخص الكفالة وأثبت المدعي كفالته بالبينة وحكم الحاكم بها وأخذ المحكوم له المكفول من الكفيل فإذا ادعى الكفيل بعد ذلك على المدين قائلاً: قد كفلتك بأمرك وأثبت دعواه تقبل ويأخذ المال المكفول من الشخص المذكور. أنظر المادة (٦٥٧).

٤ ـ الشفعة قد ذكرت في شرح المادة (٧٩).

٥ ـ مسألة الديون المختلفة: إذا أدى المدين بدينين مختلفين بعض دينه وقال: إنني أديت من الجهة الفلانية وادعى الدائن بأنه أداه من الجهة الأخرى واختلفا وحلف المدين اليمين بأن الدائن لم يأخذ من الجهة التي ادعى الأخذ منها وحكم لصالح المدين فللدائن أن يأخذ دينه من الجهة الأخرى، مثلاً لو كان أحد مدين لآخر بعشرين ديناراً منها عشرة دنانير ثمن فرس وعشرة دنانير ثمن بغلة وأدى المدين للدائن عشرة دنانير وادعى بأن ما أداه هو ثمن الفرس وادعى الدائن بأن ما أخذه ليس من ثمن الفرس بل ثمن البغلة واختلفا في ذلك وقبل قول المدين بموجب حكم المادة (١٧٧٥) وحكم على ذلك الوجه فللدائن أن يطلب ثمن البغلة ولو أن الدائن قد أقر قبلاً بأنه قد أخذ ثمن البغلة. لأن إقراره هذا قد كذب (الانقروي عن القاعدية).

المادة (١٥٨٨) ـ (لا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد، فعليه لو قال أحد إنني مدين لفلان بكذا درهماً فيلزم باقراره ولا يعتبر قوله بعد ذلك: إنني رجعت عن إقراري).

يتفرع عن هذه المادة المسائل الآتية:
١ ـ لو أقر أحد بمجهول ثم بعد اقراره بين وفسر ذلك المجهول بشيء لا قيمة له فيكون ذلك بمعنى الرجوع عن الإقرار ولا يقبل ذلك التفسير ويجبر على التفسير بشيء ذي قيمة (الدرر) أنظر شرح المادة (١٥٧٩).

٢ ـ لو قال أحد أن أبي قد اوصى بثلث ماله لزيد أو لعمرو أو لبكر كان ثلث المال لزيد ولا يأخذ الآخران شيئاً. لأن المقر قد أقر أولاً لزيد فيستحق زيد ورجوعه بعد ذلك وإثباته الوصية لآخر غير صحيح (الدر المختار والتكملة).

٣ ـ لو قال أحد: إنني مدين لفلان بألف درهم بل بخمسماية درهم فيلزمه ألف درهم (الهداية).

كذلك لو قال أحد: إنني مدين لفلان بألف درهم وهي ثمن ما اشتريته منه من الجيفة أو الإنسان الحر فإذا لم يصدق المقر له فتلزمه الألف درهم ما لم يقم البينة على ذلك سواء قال عبارة وهو ثمن ما اشتريته منه موصولة أو مفصولة. لأن قوله وهو ثمن ما اشتريته الخ رجوع عن الإقرار. لأن ثمن الميتة والجيفة غير واجب. وكلامه هذا لعدم الوجوب (الهداية) إلا إذا صدقه أو أقام المقر بينة، ولو قال: له على ألف درهم حرام أو ربا فهي لازمة مطلقاً وصل أو فصل لاحتمال حليه عند غيره. ولو قال على زوراً أو باطلاً لزمه أن كذبه المقر له وإلا لا يلزمه (الدر المختار).

وعند الإمامين لا يلزمه إذا قال ذلك موصولاً ويلزمه إذا قال مفصولاً (التكملة).

٤ ـ لو قال أحد أننا غصبنا من فلان عشرة دنانير وقد كنا عشرة اشخاص وادعى المغصوب منه أن المقر هو الذي غصب منه منفرداً فيلزم المقر كل العشرة دنانير. لأن قوله غصبنا بصيغة الجمع تستعمل للواحد والظاهر أن المقر يخبر عن فعله وليس عن فعل غيره[1]وقوله بعد ذلك كنا عشرة أشخاص رجوع منه عن الإقرار وهو غير صحيح. أنظر (فقرة اذا قال الغاصب في إقراره أننا قد غصبنا من هذا المدعي عشرة دنانير) الواردة في شرح المادة (٨٩١) فعند الإمام زفر يلزم المقر العُشر. وكذلك إذا قال المقر اقرضنا أو أودعنا أو أعارنا أو إن لفلان حقاً علينا كذا ونحن ثلاثة أو أربعة اشخاص فالاختلاف المذكور جار في ذلك. أما لو قال المقر اننا عشرة اشخاص وقد غصبنا فلا يلزم المقر إلا العُشر لأن هذه العبارة لا تستعمل للواحد (الدر المحتار والتكملة).

إن تعبير حقوق العباد الواردة في المجلة للاحتراز من حقوق الله. لأنه إذا رجع المقر في حد الزنا قبل الحد أو أثناء الحد فرجوعه صحيح ويسقط الحد (الدرر).

إلاّ أن الاستثناء من الإقرار ليس رجوعاً عن الإقرار فهو صحيح ويوضح ذلك كما يأتي:

الاستثناء من الإقرار: الاستثناء معنى وليس صورة هو التكلم بالباقي بعد الثنيا يعني بعد المستثنى، وبتعبير آخر عبارة عن التكلم بالباقي بعد الاستثناء باعتبار الحاصل من مجموع التركيب. أما باعتبار الأجزاء اللفظية فهو نفي وإثبات أي ان صدر الجملة الاستثنائية وأولها نفي وعجزها وآخرها إثبات أو بالعكس، وفي هذه الصورة يبين ان الاستثناء لا يتناول الصدر المستثنى. مثلاً ان للقائل: لفلان علي ألف درهم إلا مائة. عبارتين مطولها أن لفلان علي ألف درهم إلاّ مائة ومختصرهما أن لفلان علي تسعماية درهم وبهذه الإيضاحات ظهر معنى التكلم بالباقي بعد الثنيا.

---

(١) قال تعالى: إنا ارسلنا

تقسيم الاستثناء : الاستثناء على قسمين:

القسم الأول: متصل وهو عبارة عن الإخراج والتكلم بالباقي.

القسم الثاني: منفصل وإخراجه غير صحيح.

شروط الاستثناء: للاستثناء أربعة شروط:

الشرط الأول: اتصال المستثنى بالمستثنى منه ما لم يوجد عذر كالنفس والسعال وأخذ الفم. فلذلك إذا وقع الاستثناء مفصولاً بطل الاستثناء. وقد قال ابن عباس رضي الله عنه بصحة الاستثناء مفصولاً وبجوازه ولو وقع بعد سنة.

أما إذا تخلل بين المستثنى والمستثنى منه نداءٌ فلا يضر لأن النداء للتنبيه والتأكيد فلذلك لو قال: لك علي ألف درهم يا فلان إلّا عشرة فالاستثناء صحيح. لأن النداء إذا كان مفرداً كقوله يا فلان أو مضافاً كقوله يا بن فلان سواء كان المنادى المقر له أو أحداً غيره نحو قولك: لزيد علي مائة درهم يا عمرو إلّا عشرة. فالاستثناء صحيح. لكن إذا تخلل المستثنى والمستثنى منه إشهاد أو تسبيح أو تهليل أو تكبير فيخل الاتصال، فلذلك لو قال: لك علي ألف درهم فاشهدوا إلّا كذا فلا يصح الاستثناء ولا يعتبر. لأن الإشهاد حصل بعد تمام الإقرار فالاستثناء كان غير متصل بالمستثنى منه فهو رجوع عن الإقرار.

الشرط الثاني: أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه فلذلك فالاستثناء المستغرق أي استثناء الكل باطل سواء أكان الاستثناء عين لفظ الصدر أو بمساويه. لأن الاستثناء هو عبارة عن التكلم بالباقي بعد الثنيا فباستثناء الكل لا يبقى باق فهو باطل سواء أكان الاستثناء موصولاً أم مفصولاً. ولو كان في التصرفات القابلة للرجوع كالوصية. لأن استثناء الكل ليس رجوعاً بل هو على القول الصحيح استثناء فاسد. فلذلك لو قال المقر (إن ما في هذا الكيس من الدراهم لفلان إلّا ألفاً) ينظر: فإذا كان في الكيس دراهم أكثر من الألف فالزيادة للمقر له والألف للمقر وإذا كانت ألفاً أو أقل كانت للمقر له. لأن الاستثناء في هذه الصورة غير صحيح كذلك لو أقر المقر بشيئين واستثنى تمام أحدهما فالاستثناء باطل كما أنه لو استثنى تمام أحدهما وبعض الآخر فالاستثناء باطل أيضاً، مثلاً لو قال المقر: (له علي كر حنطة وكر شعير إلّا كر حنطة وقفيز شعير) فاستثناء الكر والقفيز باطلان عند الإمام. لأن استثناء كر الحنطة لغو وباطل لكونه استثناء مستغرقاً. كما أن الاستثناء المذكور قاطع للكلام الأول فاستثناء القفيز بعد ذلك استثناء غير متصل بالمستثنى منه ومنقطع منه فهو باطل خلافاً لهما إلّا أنه إذا قدم استثناء القفيز وآخر استثناء الكر أي لو قال المقر: له على كر حنطة وكر شعير إلّا قفيز شعير وكر حنطة فاستثناء القفيز صحيح بالاتفاق. لأنه في هذه الصورة لا يوجد فاصل (رد المحتار والتكملة).

قيل إن هذا الاستثناء سواء أكان بعين لفظ الصدر أو بمساويه.

مثال لعين لفظ الصدر قوله: (نسائي طوالق الا نسائي) ومثال مساويه قوله: (نسائي طوالق إلّا زوجاتي) (وعبيدي أحرار إلّا مماليكي).

أما إذا لم يكن هذا الاستثناء بعين لفظ الصدر أو بمساويه بل كان بغيره فالاستثناء صحيح. لأن إيهام البقاء كاف في صحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء. وذلك بحسب صورة اللفظ لأن الاستثناء تصرف لفظي فلا يضر إيهام المعنى.

مثلاً لو قال: (عبيدي أحرار إلّا هؤلاء أو قال: عبيدي أحرار إلّا سالماً وراشداً وغانماً) وكان جميع عبيده هؤلاء فالاستثناء صحيح. كذلك لو قال ثلث مالي لزيد إلّا ألفاً وكان ثلث ماله عبارة عن الألف فالاستثناء صحيح. ولا يستحق المقر له شيئاً.

كذلك لو قال المقر: له علي عشرة دراهم إلّا ديناراً. وكانت قيمة الدينار مساوية للعشرة دراهم أو أكثر، فالاستثناء صحيح (على ما في الجوهرة والينابيع والذخيرة) وفي هذا الحال لا يأخذ المقر له شيئاً.

الشرط الثالث: أن يتناول المستثنى منه لفظ المستثني فعليه إذا كان المستثني بمنزلة الوصف للمستثنى منه فالإستثناء غير صحيح. مثلاً: استثناء البناء من البيت أو الدار غير صحيح. لأن البناء يدخل في الدار تبعاً وهو وصف ولا يجوز استثناء الوصف. لأن الاستثناء أمر لفظي ويعمل في الشيء الذي يتناول اللفظ والحال أن لفظ دار أصالة لا يتناول البناء بل يدخل تبعاً وفي هذه الصورة. إذا أقر المقر بدار لزيد واستثني البناء فتكون الدار والبناء للمقر له. فعليه لو قال المقر: أن بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كان البناء والأرض للمقر له. لأن المقر عند ما قال إن هذه الدار لي قد ادعى الدار لنفسه وبقوله بعد ذلك. إن أرضها لفلان يكون قد أقر بالبناء للمقر له تبعاً للإقرار بالأرض لأن البناء تبع للأرض. إن هذه المطالعات هي صحيحة في الإقرارات التي تحصل باللغة العربية. أما الإقرارات باللغة التركية على هذا الوجه فجريان المطالعات المذكورة فيها محتاج للتأمل. أن أحداً ينشئ أبنية في عرصة آخر غصباً أو استعارة أو استئجاراً ثم يقول بعد ذلك: إن الدار لي والعرصة لفلان. فكيف تعطي العرصة والبناء للمقر له بهذا القول؟ لا يتخطر أي تركي بأن البناء هو وصف العرصة.

استثناء فص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كحكم البستان فلذلك لو قال المقر: (هذا الخاتم لفلان إلا فصّه) فالاستثناء غير صحيح بخلاف الحلقة لفلان والفص لي فأنه يصح. لكن إذا قال المقر:

إن بناء الدار لي وعرصتها لك فيكون كما قال المقر: لأن العرصة بدون البناء عبارة عن بقعة فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان. ومع ذلك لو قال المقر: إن بناء هذه الدار لزيد وأرضها لعمرو فتكون كما يقول. لأنه بإقراره بالبناء لزيد أصبح البناء له ولا يجوز له بعد ذلك إقرار الأرض لعمرو وإخراج البناء من ملك زيد. لأن المقر لا يصدق في حق الغير. بخلاف المسألة الأولى لأن البناء مملوك له فإذا أقر بالأرض لغيره يتبعها البناء لأن إقراره مقبول في حق نفسه.

أما استثناء البيت من الدار فصحيح حيث إن البيت جزء من الدار فاستثناؤه صحيح كاستثناء ثلثها وربعها. إذ ان البيت اسم لجزء من الدار مشتمل على أرض وبناء فيصح استثناؤه

باعتبار ما فيه من الأصل وهو الأرض فكان متناولاً لفظ الدار والاستثناء إخراج لما تناوله لفظ المستثنى منه ولا يضر كون البناء جزءاً من مسمى البيت مع أنه وصف من الدار لأنه لم يستثن الوصف منفرداً بل قائماً بالأصل الذي هو الأرض.

الشرط الرابع: أن يكون المستثنى صورة ومعنى أو معنى من جنس المستثني منه فلذلك كما يصح استثناء جنس من المقدرات من بعضه يجوز أيضاً استثناء جنس من المقدرات من جنس مقدرات أخرى. فعليه لو قال المقر: (له علي مائة كرحنطة إلاّ كرين) كان المستثنى والمستثنى منه صورة ومعنى من جنس واحد والاستثناء صحيح. كما أنه لو كان المستثني كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً وكان المستثنى منه دراهم ودنانير فالاستثناء صحيح أيضاً، وفي هذه الصورة الثانية يكون المستثني قيمته. لأن الكيلي والآخرين تثبت في الذمة كما تثبت الدراهم والدنانير في الذمة. فعليه فإن هذه في حكم الثبوت في الذمة كالجنس الواحد معنى فالاستثناء فيها تكلم بالباقي معنى لا صورة كأنه قال، ثبت لك في ذمتي كذا إلاّ كذا أي إلاّ قيمة كذا وإذا كان المستثنى على هذا الوجه من جنس المستثنى منه معنى فقط فإذا استغرق المستثنى جميع قيمة المستثنى منه يصح أيضاً. لأن هذا الاستغراق قد وقع استغراقاً غير مساو أما إذا لم يكن المستثنى من جنس المستثني منه ولو معنى فالاستثناء غير صحيح فلذلك فاستثناء غير المقدرات من المقدرات ليس صحيحاً قياساً واستحساناً. مثلاً لو قال المقر: (علي ألف درهم إلاّ ثوباً) فهذا الاستثناء غير صحيح قياساً واستحساناً. لكن حيث لا يصح هذا الاستثناء يجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر من أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ولكن جهالة المستنى تمنع صحة الاستثناء.

مسائل الاستثناء: إذا استثنى المقر بعض المقر به متصلاً بإقراره فالاستثناء صحيح ويلزم الباقي المقر ولو كان غير قابل للقسمة. مثلاً لو قال المقر: هذه الفرس لفلان إلاّ ثلثها أو ثلثيها فصحيح وفي الصورة الأولى يكون ثلثا الفرس للمقر وفي الصورة الثانية يكون ثلثها له.

يصح أن يكون المستثنى أكثر من المستثنى منه أي أكثر من الباقي بعد الاستثناء فعليه يصح استثناء التسعين من المائة، وقد روي عن أبي يوسف ومالك والفرا بأن الاستثناء غير صحيح إذا لم يكن المستثني أقل من الباقي. فلو قال أحد لزوجته (أنت طالق ست طلقات إلاّ أربعاً) فالاستثناء صحيح وتقع طلقتان وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم. لأن الطلاق لا يزيد عن الثلاث.

إذا كان المستثنى عددين بينهما حرف شك فعلى رواية يعتبر الأقل مستثنى وعلى رواية يعتبر الأكثر مثلاً، لو قال المقر: له علي ألف درهم إلاّ مائة درهم أو خمسين فعلى رواية تعد الخمسون مستثنى فقط ويلزم المقر بتسعمائة وخمسين. لأن خروج المائة مشكوك فيه وخروج الأقل (الخمسون) متيقن. وعلى رواية أخرى تلزمه تسعماية درهم ويقول قاضي خان عن ذلك (إن هذا هو الموافق لقواعد المذهب).

إذا كان المستثنى مجهولاً فيثبت الأكثر. مثلاً لو قال المقر، (له علي مائة درهم إلّا شيئاً أو إلّا بعضاً إو إلّا قليلاً) فيلزمه واحد وخمسون درهما. لأنه حصل الشك في المخرج فيحكم بخروج الأقل وهو ما دون النصف لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفاً فأوجبنا النصف وزيادة درهم. لأن أدنى ما تحق به القلة النقص عن النصف بدرهم.

المادة (١٥٨٩) - (إذا ادعى أحد أنه كاذب في إقراره فيحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً. مثلاً لو أعطى أحد سنداً لآخر محررا فيه. إنني قد استقرضت كذا دراهم من فلان ثم قال: إنني وإن كنت أعطيت هذا السند لكنني ما أخذت المبلغ المذكور لحد الآن يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً في إقراره هذا).

لو أقر أحد لآخر بحق وادعى المقر بعد إقراره وورثته بعد وفاته بأنه كاذب في إقراره الذي وقع أو هازل فيه أو أن الإقرار تلجئة فيحلف المقر له بأن المقر غير كاذب في إقراره أو هازل فيه وأنه غير مبطل في الإقرار الذي أقر به المقر. أو على عدم كون الإقرار المذكور تلجئة سواء أكان ذلك الحق ديناً أو كان غير دين كالإرث (المنتقى والتنقيح) حيث ان العادة الجارية بين الناس أن المستقرض يحرر السند على نفسه ويسلمه للمقرض قبل قبضه المقروض ويأخذ المقروض بعد ذلك. فلذلك فالإقرار الواقع لا يكون دليلاً وحجة. إن هذه المادة على مذهب الإمام أبي يوسف وقوله استحساني وقد قبلت المجلة هذا القول بسبب تغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات ولأنه من المحتمل ضرر المقر مع عدم وجود ضرر المقر له من حلف اليمين إذا كان صادقاً (الدرر والغرر وتكملة رد المحتار).

الّا أن دعوى الكذب والهزل والتلجئة يحلف من أجلها المقر له قبل لحوق الحكم على المقر عليه، أما بعد لحوق الحكم فلا يقبل ادعاء كهذا ولا يجري التحليف (تكملة رد المحتار وفتاوى ابن السعود في الإقرار).

أما إذا ادعى المدعي بعشرة دنانير وبعد أن أقر المدعى غليه بحضور الحاكم بالمبلغ المذكور ادعى المقر بأنه كاذب في إقراره قبل لحوق الحكم للمقر به فهل يلزم اليمين؟ فليحرر(١)

أما عند الإمام الأعظم ومحمد فلا يجري التحليف حسب هذه المادة. لأن التحليف يترتب على الدعوى الصحيحة ودعوى الكذب هذه غير صحيحة للتناقض فيها (الجزية).

يمكن إثبات كذب الإقرار. وهو أنه لو قال المدعي للمدعى عليه، أنك مدين لي بعشرة دنانير حتى أنك أقررت بذلك فقال المدعى عليه، قد قلت لي بأن أحرر سنداً واعترف فيه بأنني

---

(١) فالظاهر لزم اليمين.

قبضت كذا دنانير واسلمه لك وأنك ستعطيني بعد ذلك المبلغ المذكور وإنني حسب ذلك الاتفاق والمواضعة أقررت فإذا أثبت المدعى عليه الإقرار والمواضعة يقبل إثباته ويحكم بإبطال إقراره (فتاوى ابن السعود والبهجة وهامش البهجة).

تسرد المطالعات الاتية تفقها:

يمكن اثبات كون الاقرار وقع صحيحاً اي أنه لم يقع في الاقرار كذب وفي هذه الحال يلزم تحليف المقر له.وهو أنه إذا ادعى المقر له بأنه كاذب في اقراره الواقع. بأن ادعى أن السند الذي حرره بكونه مديناً بعشرة دنانير وان كان اعطاه للمدعي إلاّ أنه لم ياخذ الدنانير منه وكلف المدعي بحلف اليمين فقال بأنه يثبت بالشهود بأنه سلم المدعى عليه عشرة دنانير فيلزم استماع الشهود ولا يقال للمدعي بانك مكلف بحلف اليمين على عدم الكذب وإذا عجز المدعي عن اثبات تلك الجهة وطلب تحليف المدعى عليه على كونه لم يقبض المبلغ نقداً فيكلف المدعى عليه بحلف اليمين وليس له أن يصر على تحليف المدعي على عدم الكذب. فاذا نكل المدعى عليه عن اليمين يتحقق اخذه نقداً ويرتفع ادعاء الكذب في الاقرار. وإذا حلف فهل للمدعي بعد ذلك ان يحلف على عدم الكذب وأن ياخذ المدعى به؟

ويتفرع عن هذه المادة المسائل الآتية:

أولاً: لو حرر احد سنداً قائلاً فيه: انني استقرضت من فلان كذا دراهم أو بعت منه داري الفلانية واعطاه سندا ثم ادعى قائلاً انني وان كنت أعطيت سنداً بكوني استقرضت كذا دراهم منه أو بعت داري إلاّ أنني لم اخذ منه المبلغ المذكور أو لكونه لم يحضر الثمن لم ابعه داري لحد الآن فيحلف المقر له بأن المقر له غير كاذب في اقراره هذا: فاذا حلف فيأخذ المقر به وان لم يحلف فلا ياخذه.

كذلك لو أعطى احد سنداً على نفسه بأنه مدين لاخر بعشرين ديناراً واشهد على ذلك ثم ادعى بعد ذلك بأن الدين الحقيقي عبارة عن خمسة عشر ديناراً وأن ما زاد هو ربا واثبت ذلك يقبل. فان لم يثبت فيحلف المقر له بأن الخمسة دنانير لم تكن رباً وأن كل العشرين ديناراً هو دين شرعي ثابت في ذمته (الدر المختار وتكملة رد المحتار).

ثانياً: لو ادعى احد بأنه كان كاذباً في اقراره في قبض وديعته من فلان بعد اقراره بذلك فيحلف المودع على عدم الكذب في الاقرار (الخيرية).

وحيث ان ابراء الاستيفاء نوع من الاقرار كما هو مذكور في المادة (١٥٣٦) فتجري فيه دعوى الكذب. مثلاً لو اقرت الزوجة في مجلس شرعي بأنها باعت دارها لزوجها بمائة دينار وأنها قبضت الثمن بالتمام واستوفته منه. وبعد اعطائه حجة بذلك. ادعت الزوجة بأنها لم تاخذ ثمن المبيع وأنها اقرت كذباً فيحلف الزوج بأن زوجته غير كاذبة في اقرارها بقولها قبضت الثمن (فتاوى ابي السعود في الاقرار).

ثالثاً: إذا اقر الرجل الذي اشترى مالاً في حضور شهود أنه رأى المال المبيع حين الاشتراء ثم ادعى بعد ذلك بأنه لم يره وطلب رده بخيار الرؤية وكذبه البائع يحلف البائع أي يحلف على أن اقرار

المشتري قد وقع بعد رؤيته المبيع ووقوفه على حاله وأنه لذلك غير كاذب في اقراره فاذا حلف فلا يلتفت إلى انكار المشتري. أما إذا نكل عن اليمين فيرد المشتري المبيع بخيار الرؤية (التنقيح).

رابعاً: إذا توفي المقر فلورثته الادعاء بالاقرار الكاذب مثلاً: لو حرر احد على نفسه بأنه استقرض من فلان كذا مبلغاً. ثم توفي بعد ذلك وطلب المقر له ذلك المبلغ من تركة المتوفي فاذا قال وارث المقر، بأن مورثي وان كان حرر على نفسه بانه استقرض ذلك المبلغ إلاّ أنه توفي قبل اخذه ذلك المبلغ فيحلف المقر له على أن المتوفي غير كاذب في اقراره. لأن الورثة قد ادعوا أمراً لو اقر به المقر له لألزم باقراره فبانكاره ذلك يحلف (صرة الفتاوى في الاقرار) وفي هذا الحال إذا حلف المقر له اليمين يأخذ المقر به والا فلا.

ان الفقهاء يوضحون ما يأتي في خصوص تحليف اليمين على الكذب بعد الإبراء العام:

لو اقرت امرأة في حال صحتها لبنتها بمبلغ معين ثم جرى بينهما ابراء عام وتوفت المقرة بعد ذلك وادعى وصي المتوفية بأنها كانت كاذبة في اقرارها فتحلف المقر لها. ولا يمنع الابراء في ذلك من التحليف لأن الوصي يدعي عدم لزوم المدعى به، وليس للمقر بعد تسليمه المقر به للمقر له وحصول الابراء العام بعد ذلك، الادعاء بالكذب في الاقرار وتحليف المقر له. لأنه في هذه الصورة يطلب المقر استرداد المقر به والابراء مانع من ذلك. أما في الصورة الأولى فلا يوجد طلب استرداد مال بل يرفع عن نفسه لزوم دفع المال. فلذلك يوجد فرق بين المسألتين (التكملة).

ويفهم من هذه المسألة بأنه لو حرر احد لآخر سند دين وابرأ في ذلك السند دائنه من كل خصوص ما عدا الدين فله الادعاء بكذب الاقرار.

خامساً: أن وفاة المقر له لا تسقط حق تحليف المقر، مثلاً. لو توفي احد بعد أن اقر بشيء لآخر. فللمقر ان يدعي في مواجهة ورثة المقر له بالكذب في الاقرار ويحلف الورثة على عدم العلم بأنه كاذب في الاقرار المذكور (صرة الفتاوى).

المادة (١٥٩٠) ـ (اذا اقر احد لآخر بقوله: لك في ذمتي كذا دراهم ديناً وقال الآخر هذا الدين ليس لي وانما هو لفلان وصدقه ذلك الشخص يكون ذلك الدين للمقر له الثاني ولكن يكون حق قبضه للمقر له الأول، يعني لا يجبر المدين على اداء المقرّ به للمقر له الثاني إذا طالبه أما إذا اعطى المدين المقر به للمقر له الثاني برضاه تبرأ ذمته وليس للمقر له الأول أن يطالبه به ثانية)

إذا اقر احد لاخر بقوله: لك في ذمتي كذا دراهم ديناً، أو عندي لك كذا وديعة وقال الآخر: هذا الدين أو تلك الوديعة ليسالي وانما هما لفلان واقر بذلك بدون أن يضيف الدين والوديعة لنفسه وصدقه ذلك الشخص فالظاهر ان ذلك الدين وتلك الوديعة يكون للمقر له الثاني ولو لم يقل بأن اسمي مستعار في السند المحرر ولو لم يسلطه على القبض ولكن يكون حق قبضه

للمقر له الأول. لأن هذا التصادق يفيد الملك للمقر له ويكون كالوكيل عن المقر له يعني لا يجبر المدين على اداء المقر به للمقر له الثاني إذا طالبه من المدين أو من المستودع. لأن كون الملك للمقر له الثاني لا يوجب أن يكون حق القبض له. ألا يرى بأن حق قبض ثمن المال الذي يبيعه الوكيل بالبيع مع كونه مالا للموكل راجع للوكيل وليس للموكل: أما إذا اعطى المدين أو المستودع ذلك الدين أو تلك الوديعة برضائه للمقر له الثاني تبرأ ذمة المدين أو المستودع وليس للمقر له الأول مطالبته ثانية من المدين أو المستودع. انظر المادة (١٥٠٣) (تكملة رد المحتار)

أما لو قال احد لآخر بأنني مدين لك بكذا دراهم فاجابه ذلك الشخص بأن مطلوبي المذكور ليس لي بل هو للشخص الفلاني بأن اقر به لذلك الشخص بعد أن اضافه لنفسه فيكون قد وهبه للمقر له ولا تتم الهبة قبل تسليط ذلك الشخص على القبض وقبل قبضه المال. انظر المادة الآتية والمادة (٨٤٨)[1]

ما هو الفرق بين هذه المادة وبين المادة (١٥٩٣)؟

الفصل الثاني

(في بيان نفي الملك والاسم المستعار)

نفي الملك يجري في الأموال المنقولة وغير المنقولة ولا يجري في الأراضي الاميرية وفي المستغلات الموقوفة الجاري التصرف بها بالاجارتين.

مثلاً: لو اقر احد بأن المزرعة الجارية بتصرفه بموجب سند طابو هي لفلان أو اقر احد بأن الحانوت الوقف الجاري بتصرفه بطريق الاجارتين باذن المتولي بأنه لفلان فلا يكون المقر له بهذا الاقرار متصرفاً بالمزرعة أو متصرفاً بالحانوت لأنه:

١ ـ كما ذكر في شرح المادة (١٤٧٢) بأن الاقرار من وجه انشاء وقد عد الاقرار في هذه المسألة انشاء وبما أن الانشاء في هذه المسألة عبارة عن الفراغ فيقتضي فيها اذن المتولي واذن صاحب الأرض.

٢ ـ كما سيذكر في شرح المادة (١٥٩١) من أن الخصوصات التي يكون بها المقر به ظاهرا أو معلوماً أنه للمقر يعد المقر به تقديراً كالمضاف لنفس المقر. وفي هذه الحال يكون الاقرار انشاء أي فراغاً ويجب فيه اذن المتولى واذن صاحب الأرض.

---

(١) لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان أو الوديعة التي لي عند فلان لفلان فهو اقرار وحق القبض للمقر ولكن لو سلم إلى المقر له برئ (رسالة الشرنبلالي في الابراء والاقرار).

٣ - يشترط في المادة (١٥٧٧) بأن لا يكون ظاهر الحال مكذباً للاقرار. فكما أنه قد ذكر آنفاً بأنه لا يصح اقرار المرأة بأن الصداق الذي في ذمة زوجها هو لأبيها فلا يصح أيضاً الاقرار بالأراضي الاميرية والمسقفات الموقوفة. لان صاحب الأرض والمتولي قد اذنا للمقر بالتصرف فقط ولم ياذنا للمقر له بالتصرف وظاهر الحال يكذب ذلك الاقرار.

لكن لو اقر احد بأن المزرعة التي تحت تصرفه بسند خاقاني وباذن صاحب الأرض أو الحانوت الذي تحت تصرفه باذن المتولي هو لزيد وقد نصبت وكيلاً عنه في قبول التفرغ في تلك المزرعة أو ذلك الحانوت فافرغت لي بصفتي وكيلاً عن زيد فاقراره صحيح ويؤاخذ المقر باقراره هذا. انظر شرح المادة (١٤٨٥)

المادة (١٥٩١) - (اذا اضاف المقر به إلى نفسه في اقراره يكون قد وهبه للمقر له ولا يتم ما لم يكن هناك تسليم وقبض واذا لم يضفه إلى نفسه يكون قد اقر بأن المقر به ملك للمقر له قبل الاقرار ونفى الملك عن نفسه. مثلاً لو قال احد: أن كافة أموالي واشيائي التي في يدي هي لفلان وليس لي فيها علاقة مطلقاً يكون حينئذ قد وهب جميع امواله وأشيائه الموجودة في يده لذلك الشخص ويلزمه التسليم والقبض. وان قال إن كافة الأموال والأشياء المنسوبة لي ما عدا ثيابي التي هي علي لفلان وليس لي فيها علاقة مطلقاً يكون قد اقر بأن جميع الأموال والأشياء المنسوبة إليه أي التي يقال بأنها له هي لذلك الشخص ما عدا الثياب التي كان يلبسها ذلك الوقت ويكون قد نفى الملك، ولكن لو ملك أشياء بعد اقراره هذا فلا يكون اقراره هذا شاملاً لتلك الأشياء. كذلك لو قال، إن كافة أموالي واشيائي التي في حانوتي هذا هي لولدي الكبير فلان وليس لي علاقة فيها فيكون قد وهب في ذلك الوقت جميع اشيائه وأمواله التي هي في الحانوت لذلك الولد الكبير ويلزمه التسليم، وان قال، إن جميع هذه الأشياء والأموال التي هي في حانوتي هذا لابني الكبير فلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد اقر بأن جميع الأموال والاشياء الموجودة في الحانوت لولده الكبير ونفى الملك عن نفسه ولكن لو وضع بعد ذلك أشياء أخرى في ذلك الحانوت لا يكون اقراره هذا شاملاً لتلك الأشياء. وكذلك لو قال احد: إن حانوتي الذي هو في المحل الفلاني المنسوب لي هو لزوجتي يكون ذلك الحانوت لزوجته قبل الإقرار ويكون قد اقر بان الحانوت ليس بملكه).

إذا أضاف المقر المقر به إلى نفسه في إقراره إضافة صريحة بإضافة الملك أو تقديراً يكون قد وهبه للمقر له ولا يتم مثل هذا الإقرار ما لم يكن هناك تسليم من جانب المقر وقبض من جانب المقر له، يعني لا يكون المقر مجبوراً بتسليم المقر به للمقر له. انظر المادة (٥٧) لأن إضافة المقر المقر به لنفسه منافية لحمل الإقرار على كونه إخباراً لأنه من الممتنع أن يكون الشيء الذي هو ملك المقر ملكاً للمقر له فلذلك يجعل هذا الإقرار هبة وإنشاء والقبض شرط في الهبة على ما جاء في المادة (٨٣٧).

ويستفاد من ذلك بأن الإقرار المطلق لا يكون سبباً للملك. انظر المادة (٦٢٨) ولو قال داري هذه لأولادي الأصاغر يكون باطلاً لأنها هبة فإذا لم يبين الأولاد كان باطلاً وإن قال هذه الدار للأصاغر من أولادي فهو إقرار وهي لثلاثة من أصغرهم. لأنه لم يضف الدار لنفسه (التنقيح).

قيل (إضافة الملك) لأن الإضافة إذا كانت إضافة بالنسبة يكون إقراراً ولا يشترط التسليم لأنها لم تكن هبة.

مثلاً: لو قال المقر، إن ما في غرفتي أو منزلي أو داري من الأموال هي لفلان فصحيح ويدخل في هذا الإقرار الدواب الموجودة في المرعى نهاراً وتكون في الدار ليلاً. لأن الإضافة في ذلك لم تكن إضافة ملك بل إضافة نسبة حيث أن المقر لم يضف المقر به المظروف إلى نفسه بل أضاف الظرف (تكملة رد المحتار).

وإذا لم يضف المقر به لنفسه إضافة ملك يكون قد أقر بكونه ملكاً للمقر له قبل الإقرار بنفي الملك عن المقر به وفي هذه الحال يملك المقر له تلك الأشياء قضاء. وبتعبير آخر يأمر القاضي المقر بتسليم الأموال والأشياء الموجودة وقت الإقرار للمقر له عند ثبوت هذا الإقرار. أما ديانة فإذا كانت تلك الأشياء والأموال ملكاً للمقر له حقيقة بأن كانت بيعت له بيعاً صحيحاً أو وهبت وسلمت له أي بأن ملكت له بأحد الوجوه أو كانت قبل الإقرار ملكاً له بطريق الشراء من آخر أو الاتهاب والتسليم منه أو كانت إرثاً أو بطريق إحراز مال مباح بأن كانت ملكاً له بأحد الأسباب الشرعية أي بأن كان للمقر له لدى الحاجة أن يقول، أن تلك الأموال والأشياء هي في الأصل ملك لي حتى أن المقر المدعى عليه قد أقر بها لي وإن بضبط تلك الأموال والاشياء؛ أما إذا لم تكن تلك الاموال والاشياء ملكه في الاصل ولم تملك له باحد الوجوه من طرف المقر فلا يحل له ضبط تلك الاموال بمطلق هذا الإقرار. لأن الإقرار الكاذب ليس من أسباب الملك (صرة الفتاوى في الإقرار).

مثلاً: لو أقر أحد بأن جميع الأشياء التي في داره هي لزوجته وكانت تلك الأشياء في الحقيقة ملكه ولم تكن لزوجته فليس لزوجته ديانة أخذ تلك الأشياء أما لو كان الإقرار إنشاء لكان ذلك حلالاً انظر شرح المادة (١٥٧٢).

إيضاح الإضافة تقديراً: إذا لم يضف المقر المقر به إلى نفسه حسب هذه الفقرة فيكون إقراراً وقد ذكر في المنح أنه إذا كان المقر به معروفاً ومشهوراً بين الناس بأنه ملك للمقر وظاهراً بأنه ملك

للمملك فحيث لم يضف المقر المقر به صريحاً إلى نفسه فتكون الإضافة موجودة تقديراً ولا يكون ذلك إقراراً بل يكون تمليكاً فيجب مراعاة شروط التملك. وفي هذه الصورة إذا كان الملك ظاهراً أنه للمملك فيكون تمليكاً وإلا يكون إقراراً إذا كانت توجد قرينة على كونه إقراراً أو تمليكا إذا كان يوجد دليل على كونه تمليكاً (رد المحتار وتكملة رد المحتار)

مثلاً لو قال أحد: إن جميع ما في يدي من أموالي وأشيائي أو جميع مالي أو جميع ما أملكه هو لفلان ولا علاقة لي فيه مطلقاً (ولفظة جميع هي مثال) فلو قال ان مالي الفلاني أو كذا عدداً من دنانيري هي لفلان فالحكم على هذا الوجه (الدر المختار) ففي هذه الصور قد أضاف المقر الأموال والأشياء المقر بها إلى نفسه إضافة ملك؛ فيكون حينئذ أي وقت الإقرار قد وهب المقر جميع أمواله وأشيائه التي في يده لذلك الشخص ويجب لتمام ذلك تسليم الأموال والأشياء المقر بها للمقر له وقبضها من طرف المقر له ولا يأخذ المقر له بهذا الإقرار شيئاً بدون حصول التسليم. لأن الإقرار ليس سبباً للملك. انظر المادة (١٦٥٨) (فتاوى ابن السعود في الإقرار) كما أنه ليس إقراراً لأنه لو كان إقراراً لما احتاج للتسليم (تكملة رد المحتار).

كذلك لو قال أحد: ان الأرض المحدودة بحدود كذا هي لفلان وكانت تلك الأرض مشهوراً ومتعارفاً بأنها ملك للمقر فحيث يوجد في ذلك إضافة الملك إلى نفسه تقديراً فيكون تمليكاً على قول صاحب المنح. وإذا قال ان كافة الأموال والأشياء المنسوبة لي ما عدا ثيابي التي علي أو ان ما يقال لي قليلاً أو كثيراً من الأموال والأشياء هي لفلان وليس لي علاقة بها مطلقاً. فبما أن المقر لم يضف الأموال والأشياء المقر بها إلى نفسه فيكون قد أقر بأن جميع الأموال المنسوبة إليه أي الأموال التي يقال انها له صغيراً أو كبيراً قليلاً أو كثيراً هي لذلك الشخص وقد نفى الملك ولا يشترط القبض في تمامها.

الخلاصة: وحيث أن المقر به في هذا عام وغير مجهول فالإقرار الواقع والشهادة عليه صحيحان. مثلاً: لو أقر أحد بأن جميع الأشياء والأمتعة الموجودة في داره هي مال لزوجته واشهد على ذلك ولم يكن علم الشهود وقت تحمل الشهادة محيطاً بجميع تلك الأشياء أو غير عالمين بأحد تلك الأشياء، فشهادة الشهود على إقراره المذكور تقبل على أنها شهادة على سبيل العموم ولا تكون شهادة بالمجهول (صرة الفتاوى وفتاوى ابن السعود والخانية).

إن المثالين كانا نشرا على ترتيب اللف. أما إذا ملك المقر بعد إقراره هذا بعض الأشياء فلا يشمل إقراره هذه الأشياء التي ملكها بعد ذلك وليس للمقر له المطالبة بتلك الأشياء لأنه يشترط ألا يكون المقر به معدوماً وقت الإقرار. انظر المادة (١٥٧٩) أما إذا اختلف المقر والمقر له على وجود تلك الأشياء وقت الإقرار أو حدوثها بعد الإقرار فالقول للمقر ويكون ذلك المال للمقر والبينة للمقر له فإذا أثبت المقر له أن تلك الأشياء كانت موجودة في يد المقر وقت الإقرار يقبل. انظر المادة (٧٦) (تكملة رد المحتار والبحر والتنقيح).

مثلاً: لو أقر أحد لآخر إقراراً عاماً على هذا الوجه نفى الملك به عن نفسه فادعى المقر له

بأن هذا الشيء لي حتى أنه كان موجوداً في يدك حينما أقررت لي إقراراً عاماً وقال المقر: انه ليس لك لأنه لم يكن موجوداً حينما أقررت إقراراً عاماً وإنني ملكته بعد ذلك فإذا أقام المقر له البينة على وجود ذلك الشيء وقت الإقرار فيعطي للمقر له وإذا لم يتم البينة فيحلف المقر على عدم وجود ذلك الشيء وقت الإقرار ويصدق بيمينه ولا يحكم استصحاباً بالشيء المذكور للمقر له بداعي أن ذلك الشيء موجود في الحال فيعد موجوداً في الماضي بناء على القسم الثاني من الاستصحاب. لأن الاستصحاب ليس حجة مثبتة. انظر شرح المادة (١٠).

كذلك لو قال ان جميع أموالي الموجودة في حانوتي هذا هي لولدي الكبير فلان وليس لي علاقة بها، فبما أن المقر قد أضاف المقر به إلى نفسه فيكون قد وهب جميع الأموال والأشياء الموجودة في الحانوت ذلك الوقت لذلك الولد الكبير ويلزم التسليم والقبض، وتعبير (الكبير) الواردة في هذا المثال احتراز من ولده الصغير. لأنه لو قال ان جميع أموالي وأشيائي الموجودة في حانوتي هي لولدي الصغير فلان وليس لي علاقة بها. ففي هذه الصورة يكون قد وهب جميع أمواله وأشيائه الموجودة في ذلك الحانوت لولده الصغير. وبما أنه حسب المادة (٨٥١) تتم الهبة بدون التسليم فيوجد فرق بين الهبة لولده الصغير وبين نفي الملك بالإقرار (رد المحتار).

وإذا قال: إن جميع هذه الأشياء والأموال التي هي في حانوتي أو في كيسي أو صندوقي وبيتي هذا هي لابني الكبير فلان وليس لي علاقة بها فبما أنه لم يضف المقر به إلى نفسه فيكون قد أقر في ذلك الوقت أي وقت الإقرار، بأن جميع ما في الحانوت أو الكيس أو الصندوق أو البيت من الأموال والأشياء هي لولده الكبير ونفى الملك، وإن يكن أن في قوله ما في حانوتي فيه إضافة للنفس ولكن هذه الإضافة لم تكن إضافة ملك بل أنها إضافة نسبة فكأنه لا يوجد إضافة (المنح) إذ أنه أضاف الظرف إلى المظروف المقر به فكانت الإضافة هنا كلا إضافة. لاحتمال أن الحانوت أو الصندوق مثلاً ملك لغيره والمقر به هنا ما في الحانوت وهو غير مضاف أصلاً فيكون قوله ما في حانوتي إقراراً لا تمليكاً لعدم وجود إضافة المقر به إلى ملكه بل جعله مظروفاً فيما أضيف إليه نسبة (المنح).

وقد نسب المقر في هذا ظرف المقر به لنفسه ولم ينسب المقر به ولا يتبدل الحكم بالمثال الذي على هذه الصورة سواء كان الحانوت ملكاً للمقر أو كان منسوباً إليه بأن كان مأجوراً أو معاراً له (تكملة رد المحتار).

كذلك تعبير في تصرفي ليس إضافة للنفس، فعليه لو قال أحد أن جميع ما في تصرفي من المال هو لفلان وحرر حجة بذلك فيكون إقراراً (أبو السعود في الإقرار).

ولكن لو وضع بعد ذلك أي بعد إقراره أشياء أخرى في ذلك الحانوت لا يكون إقراره هذا شاملاً لتلك الأشياء وتبقى الأشياء المذكورة للمقر.

وكذلك لو قال أحد أن حانوتي الذي في المحل الفلاني هو لزوجتي فيكون هذا الإقرار من

قبيل الهبة فيلزم التسليم والقبض. وأما إذا قال أن الحانوت المنسوب لي الكائن في المحل الفلاني هو لزوجتي فيكون قد أقر بأن الحانوت المذكور هو لزوجته قبل الإقرار وأنه ليس ملكه ولا يلزم في ذلك تسليم المقر به.

إن المثال الأول كان للمنقولات والمثال الأخير كان للعقار.

المادة (١٥٩٢) ـ (إذا قال أحد في حق الحانوت الذي في يده بموجب سند: أنه ملك فلان وليس لي علاقة فيه واسمي المحرر في سنده مستعار، أو قال في حق حانوت مملوك اشتراه بسند من آخر: إنني كنت قد اشتريته لفلان وأن الدراهم التي أديتها ثمناً له هي من ماله وقد حرر اسمي في سنده مستعاراً. يكون قد أقر بأن الحانوت ملك ذلك الشخص في نفس الأمر).

إذا قال أحد في حق الحانوت الذي هو في يده بسند. إنه ملك فلان وليس لي فيه علاقة وأن الإسم المحرر في سند ذلك الحانوت هو مستعار. أو قال في حق حانوت مملوك اشتراه من آخر: إنني كنت قد اشتريته لفلان[1] والدراهم التي أديتها للبائع ثمناً له هي من مال ذلك الشخص[2] والاسم المحرر في سند ذلك الحانوت قُيد مستعاراً يكون قد أقر بأن الحانوت ملك ذلك الشخص المقر له في نفس الأمر فإذا صدق المقر له في هذه الصورة يأخذ الحانوت أما إذا كذبه فيرتد إقرار المقر (التنقيح).

وفي هذه أربع مسائل وهي:

١ ـ أن يقول المقر إن هذا الحانوت هو لفلان فلو لم يقل أن اسمي مستعار في السند بل قال إن هذا الملك لفلان يحصل الإقرار.

مثلاً: لو اشترى أحد من آخر بستاناً وحرر الشراء لنفسه بموجب حجة وتصرف بالمبيع ست سنوات ثم توجه إلى سفر وأقر أثناء السفر بأن البستان المذكور هو ملك لزوجته فإقراره صحيح ولا يخل الإقرار كون حجة البيع محررة باسمه. إلا أنه يجب على الزوجة ألا تتخذ الإقرار سبب ملك بل تدعي أن البستان ملكها في الأصل وأنه اشتراه لها؛ انظر المادة (١٦٢٧) (فتاوي أبي السعود في الإقرار).

٢ ـ أن يقول إن هذه الدكان ليس لي فيها علاقة فهذا إقرار بطريق الأولوية.

---

(١) يكون شراؤه لذلك الشخص بالوكالة وهو أنه يكون ذلك الشخص قد وكل المقر قبلاً بشراء الدكان المذكورة أو يكون المقر قد اشترى الدكان فضولاً للمقر له بعد أن أضافها له وأجاز المقر له الشراء بعد ذلك. انظر شرح كتاب الوكالة.

(٢) لا يشترط أن يكون الثمن من ماله لتكون الدكان له ولكن إذا أقر بأن الثمن من ماله فليس لمقر الوكيل الرجوع على المقر له بالثمن وإلا فيرجع. انظر المادة (١٤٩١) وشرحها.

٣ ـ أن يقول إن هذا الحانوت لفلان وليس لي علاقة به واسمي المحرر في سنده مستعار فهو إقرار بطريق الأولوية؛ وجميع هذه المسائل الثلاث داخلة في هذه المادة.

٤ ـ أن يقول: إن حانوتي هو لفلان وليس لي علاقة به وأن اسمي المحرر في سنده مستعار ففي هذه المسألة قد أضاف المقر المقر به إلى نفسه بقوله. حانوتي فهل هو هبة بحكم المادة (١٥٩١) أو إقرار بقوله أن اسمي مستعار فأصبح تعبيره حانوتي لي إضافة ملك بل إضافة نسبة، أنظر المسألة الرابعة الواردة في شرح المادة الآتية:

المادة (١٥٩٣) ـ (إذا قال أحد: إن الدين الذي هو في ذمة فلان بموجب سند وهو كذا درهماً وان كان قد تحرر باسمي إلا أنه لفلان واسمي الذي تحرر في السند مستعار يكون قد أقر بأن المبلغ المذكور في نفس الأمر هو حق لذلك).

(البحر قبل إقرار المريض) وتعبير دين ليس للاحتراز من الوديعة إذ الحكم في الوديعة على هذا الوجه. فلذلك لو أقر أحد بأن الوديعة التي عند فلان هي للشخص الفلاني فيكون قد أقر بأن الوديعة هي ملك للشخص المذكور.

إلا أن حق قبض الدين وقبض الوديعة للمقر وليس للمقر له حق في القبض لأنه لا يوجب كون الملك للمقر له أن يكون حق القبض له. ألا يرى أن ثمن ما باعه الوكيل ليس للموكل حق قبضه مع كونه ملكاً للموكل.

والمقر يقبضه ويسلمه للمقر له إلا أن المدين أو المستودع إذا سلمه للمقر له يبرأ، أنظر المادة (١٥٩٠) (نتيجة الفتاوى في الإقرار).

يلاحظ في هذه المادة أربع مسائل كما لوحظ ذلك في المادة الآنفة وهي:

١ ـ قول: إن الدين الذي في ذمة فلان هو للشخص الفلاني فهذا القول إقرار وليس هبة.

مثلاً لو أدان أحدآخر خمسين ديناراً أو قال بعد إدانته هذه في حال صحته: إن المبلغ المذكور هو لفلان وليس لي علاقة به فيكون إقراراً (هامش البهجة) إذ أن ادانة المقر المبلغ المذكور لا تمنع أن يكون ملكاً للمقر له. لأن للمقر أن يدين مال المقر له بالنيابة كالوكالة والولاية والوصاية.

٢ ـ قول إن الدين الذي في ذمة فلان لفلان وأن اسمي الذي في السند مستعار. وهذا هو إقرار وليس هبة ولا يمنع صحة الإقرار كون سبب المطلوب المذكور بدلاً لشيء باعه المقر أو أجره. لأن البيع والإجارة يصحان بالوكالة وبالولاية أيضاً.

٣ ـ قول: إن ديني الذي على فلان هو لفلان فهذا القول هبة ولأجل تمامه فيجب مراعاة القيود الواردة في المادة (٨٤٨).

مثلاً. لو قالت امرأة: إن صداقي الذي في ذمة زوجي هو لفلان وليس لي حق فيه وصدقها

المقر له فلا حكم له ويبقى الصداق للزوجة كما كان، وفي هذا الحال لو ابرأ المقر له الزوج من الصداق فالإبراء غير صحيح. أما لو ابرأته الزوجة فصحيح. لأن إضافة الملك في ذلك ظاهرة بسبب أن صداق الزوجة لا يكون لغيرها وعليه فهذا الإقرار بلا تسليط على القبض ليس هبة (تكملةرد المحتار والدر المنتقى وشرح المنتقى).

٤ ـ لو قال: إن ديني الذي على فلان هو لفلان واسمي في سند الدين مستعار فإنه وإن يكن في هذا الإقرار قد أضاف المقر المقر به إلى نفسه إلا أنه بقوله، اسمي مستعار أصبحت الإضافة المذكورة ليست إضافة ملك بل إضافة نسبة فكان هذا القول إقراراً فلا يشترط فيه التسليط على القبض.

المادة (١٥٩٤) ـ (إذا كان أحد قد نفي الملك بإقراره حسب ما ذكر أو أقر بكون اسمه مستعاراً في حال صحته يكون إقراره معتبراً ويلزم به في حال حياته وتلزم به ورثته بعد وفاته، ولكن لو أقر بالوجوه المذكورة في مرض موته فحكمه يعلم من الفصل الآتي)

إذا كان أحد قد نفى الملك بإقراره حسب ما ذكر أو أقر بكون اسمه مستعاراً في حال صحته أو أقر بصورة أخرى كقوله مثلاً إن هذا المال لفلان أو أنني مدين لفلان بألف درهم يكون إقراره ونفي ملكه هذا، سواء كان لوارثه أو لأجنبي، معتبراً ويلزم المقر بإقراره في حال حياته وتلزم به ورثته بعد مماته حسب المادة (١٥٨٧) ولو كان هذا الإقرار يحيط بجميع أموال المقر وكان المقر مديناً لأشخاص عديدين. لأن المدين إذا كان في حال الصحة فحق الورثة وحق الغرماء لا يتعلق في ماله بل يتعلق في ذمته فلذلك لا يكون المدين محجوراً بمجرد كونه مديناً (نقول الفيضية قبيل إقرار المريض ومعين الحكام).

ولكن لو أقر بالوجوه المذكورة في مرض موته فحكمه يعلم من الفصل الآتي:

الاختلاف في زمن الإقرار. إذا اختلف في وقوع الإقرار في حال الصحة أو في حال المرض فالقول لمن يدعي حال المرض والبينة لمن يدعي حال الصحة وإذا لم توجد بينة يحلف للورثة بالطلب؛ أنظر المادة (١٧٦٦).

الفصل الثالث

(في بيان إقرار المريض أي في بيان إقرار المريض بمرض الموت)

قد ذكر في المجلة فصل خاص بالمسائل المتعلقة بإقرار المريض. لأن لإقرار المريض بعض أحكام غير موجودة في إقرار الصحيح (العناية).

إن أحد الأمور التي تعرض للأهلية هو المرض. والمرض لا يمنع أن يكون المكلف أهلاً لوجوب الحكم عليه في الأحكام الواجبة للمعبود أو للعبد كما أنه لا يمنع أهليته للعبادة فلذلك قد شرعت العبادة على المريض بقدر القدرة وكذلك تصح على المريض أحكام النكاح بمهر المثل والطلاق وسائر الأحكام المتعلقة بالعبادة إلا أنه حيث أن المرض مؤد إلى الموت الذي هو عجز خالص وحيث أن الموت يوجب خلفية الورثة والغرماء في ماله فأصبح مرض الموت أحد أسباب الحجر بسبب تعلق حق الوارث والغريم في مال المريض إلا أن هذا الحجر مقيد ومحدود بقدر صيانة حق الوارث والغريم فإذا توفي المريض تثبت المحجورية مستندة إلى المرض المذكور وحيث أن هذه المحجورية تثبت بعد الموت فكل تصرف محتمل للفسخ والهبة والبيع بالمحاباة يكون صحيحاً في الحال وحيث أنه مستند إلى حال المرض فيفسخ بعد الموت لدى الحاجة (تكملة رد المحتار) أنظر شرح المادة (٨٧٧) التي هي قبيله.

أنواع تصرفات المريض ان تصرفات المريض المذكورة في المجلة وفي شرحها سبعة وهي:

١ ـ البيع والتفصيلات في حق ذلك قد ذكرت في المادة (٣٩٣) وما يتلوها من المواد.
٢ ـ الهبة وحكمها قد ذكر في المادة (٨٧٧) وما يتلوها من المواد.
٣ ـ الإقرار وحكمه قد ذكر في هذه المادة.
٤ ـ الإجارة وقد ذكر حكمها في المادة (٤٤٤).
٥ ـ الكفالة وحكمها قد بين في شرح المادة (٦٢٨).
٦ ـ الرهن وقد بين حكمه في شرح المادة (٧٠٨).

والمريض المقر اما أن يكون لا وارث له وحكم ذلك سيبين في المادة (١٥٩٩) وأما أن يكون له وارث واحد وفي هذه الصورة. اما أن يكون ذلك الوارث لا حق له في احراز جميع التركة كالزوج والزوجة وستذكر هذه المسألة في المادة (١٥٩٦) واما أن يكون ذلك الوارث له حق احراز جميع التركة كالاب والابن والام والخالة ولا فرق في ذلك بين الإقرار وعدم الإقرار كما سيبين ذلك في شرح المادة (١٥٩٦) واما أن يكون الوارث أكثر من واحد ويبين ذلك في المادتين (١٥٩٨ و ١٥٩٩).

إن ثلاثة أنواع من اقرارات المريض غير معتبرة وهي:

١ ـ الإقرار لوارث بدين أنظر المادة (١٥٩٨).
٢ ـ الإقرار باستيفاء الدين من الوارث والإقرار باستيفاء الصداق المضمون.
٣ ـ الإقرار بقبض الدين الذي كفله وارثه. فهذه الإقرارات غير جائزة لأن المريض ممنوع من إجراء التصرفات النافعة لوارثه (معين الحكام).

المادة (١٥٩٥)ـ (مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة

في داره إن كان من الاناث والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازماً للفراش أو لم يكن وإذا امتد مرضه وكان دائماً على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد مرضه اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت).

مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور كعجز المعلم عن الذهاب الى المدرسة للتدريس وعجز صاحب الحانوت عن الذهاب الى حانوته للبيع والشراء ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الاناث كطبخ الطعام وغسل الثياب ويكون في هذا المرض خوف الموت في الأكثر ويموت وهو في تلك الحال قبل مرور سنة سواء كان المريض ملازماً لفراشه أو لم يكن (الدر المختار).

والمريض الذي يغلب على حاله الهلاك سواء كان سبب الهلاك المرض أو كان غيره فلذلك يعد الأشخاص الآتي ذكرهم مريضي مرض موت:

١ ـ الشخص الذي يصير اخراجه لساحة الاعدام لإجراء القصاص فيه يعني أن الشخص المسجون بالسجن والمقرر قتله قصاصاً لا يعد مريضاً ما لم يحضر إلى ميدان القصاص منه فيعتبر حينئذ مريضاً (الهندية).

٢ ـ الشخص الذي يتبارز مع آخر.

٣ ـ الشخص الذي يبقى على خشبة من السفينة بعد غرقها.

٤ ـ الشخص الذي يفترسه السبع ويكون في فم السبع فهو في حكم المريض فإقراره لوارثه غير صحيح وإقراره لغير وارثه معتبر في ثلث ماله فقط (تكملة رد المحتار).

ولأجل أن يعد الإنسان مريضاً مرض موت يجب وجود ثلاثة شروط.

الشرط الأول: أن يكون ذلك الشخص في حال يكون فيه خوف الموت في الأكثر وعليه فالمحصور في القلعة والجندي الذي يكون في ساحة الحرب لا يكون مريضاً بمرض الموت بمجرد كونه محصوراً أو محارباً. لأنه يحصل الخلاص من المحاصرة في الأكثر. أما إذا حصل أوجاع للمرأة أثناء مخاضها فتعد مريضة بمرض الموت. فإذا خلصت من أوجاعها فتصرفاتها زمن الأوجاع تكون كتصرفات الصحيح.

الشرط الثاني: أن لا يكون قادراً على رؤية مصالحه وأشغاله الخارجية إذا كان رجلاً وأن لا تكون قادرة على رؤية مصالحها الداخلية إذا كانت امرأة ومفاده إنها لو قدرت على نحو الطبخ دون

صعود السطح لا تكون مريضة (رد المحتار). لأن الإنسان لا يخلو من الأمراض. فإذا قدر على رؤيةمصالحه فلا يعد عادة ذلك مرضاً (الفصولين. ونقول الفيضية).

ينبغي أن يكون المراد العجز عن ذلك من الاتيان إلى المسجد أو الدكان لاقامة المصالح القريبة في حق الكل إذ لو كان محترفاً بحرفة شاقة كما لو كان مكارياً أو حمالاً على ظهره أو دقاقاً أو نجاراً أو نحو ذلك مما لا يمكن اقامته مع ادنى مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد أو السوق يكون مريضاً وان كانت هذه مصالحه والا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج الى الدكان للبيع والشراء مثلاً مريضاً وغير مريض بحسب اختلاف المصالح ثم هذا انما يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض للكبر أو علة في رجليه فلا يظهر فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه (رد المحتار).

الشرط الثالث: أن يثبت هذا المرض وحال العجز فيه وأن يتوفى قبل مرور سنة فلذلك إذا امتد مرض المريض وبقي على حال واحد بدون أن يزداد مرضه ومرت سنة على مرضه فيكون حكمه حكم الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، وتكون جميع تصرفاته كالهبة والاقرار صحيحة. لان الانسان لا يخلو في اكثر اوقاته من المرض فمرض كهذا لا يعد مرض موت. مثلاً لو اقر المفلوج أو المسلول بشيء ومرت سنة عن وقت اقراره فيكون اقراره صحيحاً ومعتبراً (الدر المختار في الوصايا).

كذلك إذا كان المرض يتناقص بعضاً ويتزايد بعضاً وتوفي المريض قبل مرور سنة فيعد مريضاً بمرض الموت وإذا توفي بعد مرور السنة فيعد صحيحاً (نقول الفيضية) أما إذا لم يبق المريض على حال وتزايد مرضه يوماً فيوماً وتغير حاله فيكون مريضاً مرض الموت أما إذا اشتد مرض المريض وتغير حاله وتوفي قبل مرور سنة على هذا الحال فيعد مرضه اعتباراً من وقت التغيير والاشتداد إلى وقت وفاته مرض موت.

المادة (١٥٩٦)-(اقرار من لم يكن له وارث أو لم يكن له وارث سوى زوجته أو المراة التي لم يكن لها وارث سوى زوجها في مرض الموت يعتبر اقراره على أنه نوع وصية فلذلك إذا نفى الملك من لا وارث له في مرض موته عن جميع امواله واقر بها لغيره يصح وليس لامين بيت المال أن يتعرض لتركته بعد وفاته. كذلك لو نفي الملك من لا وارث له سوى زوجته عن جميع أمواله في مرض موته واقر بها لها أو لو نفت الملك من لا وارث لها سوى زوجها عن جميع اموالها واقرت بها له يصح وليس لأمين بيت المال أن يتعرض لتركة احدهما بعد الوفاة).

اقرار الرجل أو المرأة اللذين لم يكن لهما وارث أو اقرار الذي لا وارث له سوى زوجته أو اقرار المرأة التي لم يكن لها وارث سوى زوجها في مرض الموت يعتبر الاقرار على أنه نوع وصية.

قد خصصت هذه المسألة بالزوج والزوجة حيث أن فائدة الاقرار للوارث في حال لا يكون فيه وارث آخر لا تظهر إلّا في هاتين المسألتين. لأن الوارث الواحد ما عدا الزوج والزوجة سواء كان من اصحاب الفرائض أو كان من ذوي الارحام يحرز جميع تركة المتوفي فلا حاجة للوصية له (تكملة رد المحتار).

مثلاً إذا توفي احد ولم يترك إلّا ولدا أو بنتاً أو خالة ولم يترك وارثاً آخر فحيث أن ذلك الوارث يحرز جميع التركة من جهة العصوبة أو من جهة الفرض أو من جهة الرد أو من جهة الرحمية فليس من فائدة في الاقرار لهم (تكملة رد المحتار).

أما الزوج والزوجة فحيث أنهما من الذين لا يرد عليهم فلا يحرزون جميع أموال التركة. فتلزم الوصية لهما باحراز جميع التركةفلذلك إذا نفى الرجل أو المرأة الذي لا وارث له في مرض الموت الملك عن جميع أمواله واقر بها لاخر أو اقر بهابغير وجه الاسم المستعار ونفي الملك الوارد ذكرهما في المادتين (١٥٩٢و١٥٩٣) فاقراره صحيح وليس لأمين بيت المال أن يتعرض لتركته بعد وفاته. حيث أن وضع تركة من يتوفي بغير وارث في بيت المال ليس بحق ارث بل لكونه مالا بلا صاحب فلذلك ليس لبيت المال أن يعارض في الوصية والاقرار والمحاباة (تكملة رد المحتار) أي ليس لأمين بيت المال ان يقول ان اقرار المتوفي غير معتبر لحصوله في مرض الموت، وللمقر له أن يضبط جميع الأموال والاشياء أو أن يضبط المقدار المقر له به.

اوصي زيد بجميع مالـه لاجنبي ومات مصراً على ذلك عن زوجة لا غير ولم تجز الزوجة الوصية فالوصية بما زاد على الثلث غير جائزة إذا كان هناك وارث يجوز أن يستحق جميع المال أما إذا كان لا يستحق جميع الميراث كالزوج والزوجة فانه يجوز أن يوصي بما زاد على الثلث فحيث لم تجز الزوجة الوصية ترث سدس التركة وللموصى له خمسة اسداسها. لأنها لا تستحق من الميراث شيئاً حتى يخرج ثلث الوصية فاذا خرج الثلث استحقت ربع الباقي وما بقي بعد ذلك يكون للموصى له بالجميع. واصله من اثني عشر للموصى له اربعة وهو الثلث بقي الثلثان ثمانية للزوجة ربعها اثنان. بقي ستة تعود للموصى له فتكون عشرة من اثني عشر وذلك خمسة اسداسها (التنقيح).

كذلك لو نفى من لا وارث له سوى زوجته او نفت من لا وارث لها سوى زوجها الملك عن **جميع أموالها في مرض الموت وأقرّ بها لها او وأقرّ بها بأن اسمه مستعار وأقرّ بها بوجه آخر بغير نفي الملك والاسم المستعار أو اقرت هي كذلك فاقرارهما المذكور صحيح وليس لأمين بيت المال أن يعترض لتركة احدهما بعد الوفاة. يعني ليس لأمين بيت المال أن يقول للمقر لها الزوجة انني اضبط تركته ما عدا حصتك الارثية (الربع) كما أنه ليس له أن يقول للمقر له الزوج انني اضبط تركتها ما عدا حصتك (النصف). لأن عدم صحة الاقرار للوارث ليس لكون الوارث غير محل للاقرار بل لحق الورثة الآخرين وفي هذه الصورة حيث لا يوجد وارث غير المقر له فيكون اقراره صحيحاً.**

ان بين هذه المادة وتفريعاتها لف ونشر مرتب.

المادة (١٥٩٧) ـ (لو أقر أحد حال مرضه بمال لاحد ورثته وفاق بعد اقراره من ذلك المرض يكون اقراره هذا معتبراً).

لو اقر احد بنفي الملك أو بالاسم المستعار أو بوجه اخر بمال سواء كان ديناً أو عيناً لاحد ورثته وفاق بعد اقراره من ذلك المرض ثم توفي بسبب آخر او بمرض مماثل لمرضه الأول يكون اقراره هذا معتبراً (صرة الفتاوى في اقرار المريض) حيث بافاقة المريض من مرضه يتحقق بأن المرض ليس مرض موت وقد ورد في الخانية (رجل كان يمرض يومين ويصح ثلاثة أو يمرض يوماً ويصح يومين واقر لابنه بدين ان قر بذلك في مرض صح بعده جاز اقراره وان اقر في المرض الذي الزمه الفراش واتصل بالموت لا يجوز اقراره. وتعبير اقرار هنا للاحتراز من الوصية لأنه إذا اوصى المريض لاحد ورثته وفاق من مرضه ثم توفي فالوصية باطلة (تكملة رد المحتار).

المادة (١٥٩٨) ـ (اذ اقر احد في مرض موته بعين أو دين لاحد ورثته ثم مات يكون اقراره موقوفاً على اجازة باقي الورثة. فان اجازوه كان معتبراً وان لم يجيزوه لا يعتبر اقراره ولكن اذا صدقه باقي الورثة في حال حياته فليس لهم الرجوع عن تصديقهم ويكون ذلك الاقرار معتبراً، وأيضاً الاقرار للوارث بالامانة صحيح على كل حال. فعليه إذا اقر احد في مرض موته بكونه قد قبض امانته التي هي عند وارثه أو اقر بكونه قد استهلك امانة وارثه المعلومة التي اودعها عنده يصح اقراره. مثلاً لو اقر احد في مرض موته بقوله: اخذت وقبضت امانتي التي اودعتها عند ابني فلان يصح اقراره ويكون معتبراً وكذا لو قال ان ابني فلاناً اخذ بالوكالة ديني الذي هو على فلان وسلمه لي يكون اقراره معتبراً. كذلك لو قال: بعت خاتم الالماس الذي كان وديعة أو عارية عندي لابني فلان الذي قيمته خمسة آلاف درهم وصرفت ثمنه في أموري واستهلكته يكون اقراره معتبراً ويلزم تضمين قيمة ذلك الخاتم من التركة).

إذا اقر احد في مرض موته لاحد ورثته بعين كحانوت كان واضعاً يده عليه وظاهرة ملكيته فيه أو بدين ثم توفي يكون اقراره موقوفاً على اجازة باقي الورثة سواء كان المريض مديناً أو لم يكن مديناً (جامع الفصولين). لأنه قد ورد في الحديث الشريف(ان الله اعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث) كما أن حق الورثة قد تعلق بمال **المريض** واصبح المريض ممنوعاً من التبرع حتى للوارث فتخصيص المريض بعض الورثة بما له يؤدي **لابطال** حق الورثة الآخرين ويوجب حصول الوحشة والعداوة بينهم. وإذا كان المقر غير مدين فحيث أنه عاجز عن ايصال النفع لبعض الورثة بطريق الوصية فاصبح المقر باقراره هذا متهماً. وحيث أن المقر قادر على ايصال المنفعة للاجنبي

بطريق الوصية فليس في اقراره له في حال المرض تهمة (الكفاية في اقرار المريض) انظر المادة (٧٣)إلّا أنه إذا اقر المريض بأنه لا حق له في العين أو الأعيان التي لم تكن تحت يده بل كانت تحت يد وارثه وأنها ملك لوارثه الواضع اليد عليها فاقراره هذا صحيح فاذا توفي المقر بعد ذلك فلا تسمع دعوى الورثة على كون الأعيان المذكورة من التركة (تكملة رد المحتار).

ويؤخذ من تعبير (لاحد ورثته) أن يكون للمتوفي وارث اخر غير المقر له سواء كان الوارث من اصحاب الفرائض أو من العصبات أو من ذوي الارحام. أما إذا لم يكن له وارث غيره فيكون اقراره نافذاً ولا يكون لأمين بيت المال حق المداخلة. انظر المادة (١٥٩٦) (تكملة رد المحتار)

قيل احد ورثته؛ لأنه لو اقر احد في مرض موته لوارث وارثه وتوفي المقر له ثم توفي المقر فيكون اقراره معتبراً. مثلاً لو اقر من له ولد في مرض موته لحفيده بعشرة دنانير فتوفي الحفيد المقر له ثم توفي المريض المقر؛ فلأب المقر له اخذ المبلغ المذكور من تركة المقر حيث ان الاقرار معتبر كما لو اقر لامرأته بدين فماتت ثم مات هو وترك منها وارثاً.

كذلك لو اقر لاجنبي وتوفي المقر له قبل وفاة المقر وكان ورثة المقر له هم ورثة المقر أيضاً فالاقرار المذكور جائز حيث أنه حين اقراره لم يقر لوارثه. لأن كون الاجنبي غير وارث ظاهر أما وارثه الذي توفي فبوفاته قبل المقر قد خرج عن كونه وارثاً (التكملة).

فان اجازه الورثة يكون اقراره معتبراً ولازماً. لأن عدم صحة الاقرار للوارث ليس لكونه غير محل للاقرار بل لتعلق حق الورثة. فاذا اجاز الورثة الاقرار فيكون قد زال المانع ويلزم عودة الممنوع. انظر المادة (٢٤) والندامة بعد الاجازة لا تفيد (الفيضية في قرار المريض وتكملة رد المحتار).

أما الاجازة قبل وفاة المقر فلا حكم لها. حيث انه ليس للورثة حق في حياة المقر حتى يمكن اسقاط ذلك الحق بالاجازة.

مثلاً لو قال احد في مرض موته: انني مدين لوارثي الفلاني بكذا درهماً فقال في الورثة اننا راضون باقرارك هذا أو اننا قد اجزناه فللورثة المذكورين الا يجيزوا ذلك بعد وفاة المقر.

وان لم يجز الورثة فاقراره غير معتبر. مثلاً لو اقر احد في مرض موته بانه باع بعض املاكه لولده الفلاني وحرر بذلك حجة فلا يصح اقراره ما لم يجز باقي الورثة حتى لو كان البيع بقيمته.

كذلك الاقرار بقبض الدين أو العين بلا اجازة غير صحيح. مثلاً لو اقر المريض بقبض مطلوبه من وارثه او ماله المغصوب او المرهون في مرض موته فلا يعتبر اقراره ما لم يجز الورثة الآخرون. انظر شرح المادة (١٥٧٠) وكذا لو اقر المريض بأن هذه العين وديعة وارثه أو عاريته أو غصبتها منه (تكملة رد المحتار بتغيير).

فعليه إذا اقر المريض في مرض موته لوارثه بمال على الوجه المشروح يؤمر المقر المريض بتسليم

المقر به للمقر له. لأنه من المحتمل صحة الاقرار بشفاء المريض. واذا توفي المريض بعد ذلك بمرضه المذكور يجبر المقر له على رد واعادة المقر به إلى التركة وهذا في حالة وجود وارث اخر للمتوفي لم يجز الاقرار (التكملة وتكملة رد المحتار).

فاذا اقر المريض بمرض موت بدين مشترك لوارث ولاجنبي فاقراره غير معتبر في حق الوارث أما عند الإمام الأعظم والإمام محمد فاقراره غير معتبر في حق الاجنبي أيضاً. لان الاقرار اخبار ولا يصح نفوذه الى خلاف الجهة التي اقر بها المقر حيث ان المقر قد اقر مشتركاً فلا يجوز نفاذه غير مشترك لانه اقر بمال موصوف بصفة فاذا بطلت الصفة يبطل الاصل كما لو تصادقا (تكملة رد المحتار).

مثلاً لو أقر أحد في مرض موته بأنه مدين لوارثه ولفلان الاجنبي بالف درهم مشتركاً فلا يعتبر اقراره في حق احدهما سواء تصادق الوارث والاجنبي في الشركة أو انكر الاجنبي الشركة وادعى أن جميع الدين له. انظر المادة (٤٦) وشرحها.

إلّا أنه يصح اقرار المريض بمرض موت لوارثه في اربعة أنواع من الاقرارات وهي:

١ - إذا صدق الورثة الآخرون في حياة المقر إقرار المقر فليس لهم بعد وفاته الرجوع عن تصديقهم هذا ويعتبر إقرار المقر المريض ويكون لازماً. وهذا التصديق ليس كالإجازة التي ذكرت آنفاً. لأن التصديق إقرار من الورثة (تكملة رد المحتار).

مثلاً: لو قال المريض الذي له ثلاثة أولاد في مرض موته: إنني مدين لولدي فلان بألف درهم من جهة القرض فصدق ولداه إقراره بقولهما: إن والدنا مدين لا خينا بألف درهم وتوفي المقر بعد حصول هذا التصديق فليس للولدين الرجوع عن تصديقهما هذا ويعتبر إقرار المقر. كذلك لو أقر المريض بأنه قبض مطلوبه العشرة دنانير التي في ذمة وارثه فلان وصدق الورثة الآخرون على ذلك في حياة المقرفليس لهم الرجوع عن تصديقهم بعد وفاة المقر بخلاف الوصية فيما زاد على الثلث حيث لا تنفذ إلّا بإجازة الورثة بعد موت الموصى (الزيلعي وتكملة رد المحتار).

٢ - الإقرار للوارث بالأمانة صحيح على كل حال. وبتعبير آخر لو أقر المريض بقبض الأمانة التي عند وارثه أو باستهلاك الوديعة المعلومة والمعروفة التي عند وارثه فإقراره صحيح ولو لم يجز الورثة ويصدقوا على ذلك.

وتعبير الأمانة، يشمل الوديعة ومال الشركة ومال المضاربة والعارية وما إلى ذلك من الأمانات فذلك إذا وكل المريض وارثه بقبض دينه من مدينه وقبض الوارث الدين من المدين فأقر المريض بأنه قبضه من الوارث الوكيل بالقبض صح اقراره. أما لو أقر المريض بأن لوارثه أمانة عنده. يعني أن العين التي في يده هي أمانة لولده فلان فلا يصح إقراره.

وكذلك لو أقر المريض بقوله: أخذت وقبضت أمانتي التي أودعتها عند ابني فلان فإقراره

صحيح. لأنه لو ادعى الوارث بأنه رد الأمانة للمورث المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث انظر المادة (١٧٧٤) حيث لا يكون المقر في هذا الإقرار متهما بإيصال النفع للوارث.

وكذلك لو أقر في مرض موته باستهلاك الأمانة المعلومة أي المعلومة بالبينة التي أودعها لوارثه فإقراره صحيح[1] لأنه لو كذب المريض في إقراره هذا ولم يقبل إقراره يعد بعد وفاته مجهلاً وحيث إن المودع يثبت الوديعة بالبينة فيلزم الضمان من التركة بحكم المادة (٨٠١) فلا يكون فائدة من تكذيبه (رد المحتار).

يعني أنه لو أقر أو لم يقر فالنتيجة في ذلك واحدة كما أنه لا يوجد أي احتمال في إيصال المنفعة للوارث.

مثلاً: لو أقر المريض في مرض موته بقوله. أخذت وقبضت أمانتي التي أودعتها عند ابني فلان يصح إقراره على كل حال.

وكذلك لو قال إن ابني فلاناً، أخذ ديني الذي هو على فلان بالوكالة وسلمه لي فيعتبر إقراره ولا يكون الوارث الوكيل مكلفاً لإثبات ذلك التسليم بالبينة.

وكذلك لو قال أحد في مرض موته بعت لآخر خاتم الإلماس الذي كان وديعة أو عارية عندي لإبني فلان الذي قيمته خمسة آلاف درهم وصرفت واستهلكت ثمنه في أموري فيكون إقراره معتبراً ويلزم تضمين قيمة ذلك الخاتم من التركة أي قيمته يوم بيعه وتسليمه. ولا يلزم الثمن الذي باعه به المريض.

مثلاً: لو باع المريض الخاتم بخمسة آلاف درهم وكانت قيمته وقت البيع والتسليم أربعة آلاف درهم أو ستة آلاف درهم فيلزم تضمين تلك القيمة وليس خمسة آلاف درهم.

وعبارة (الأمانة المعلومة) قد فسرت بالمثبتة بالبينة. لأنه إذا لم تكن تلك الأمانة معروفة ومعلومة فإقراره باستهلاكها يكون غير معتبر.

إذا كان الإيداع غير مثبت بالبينة فإقرار المريض بأنه استهلك وديعة وارثة لا يكون معتبراً ما لم يصدقه الورثة أو يجيزوا إقراره بعد الموت.

وتعبير أمانة، للاحتراز من غير الأمانة كالدين والمغصوب والمرهون فعليه لو أقر المريض بأنه قبض دينه من وارثه أو المال الذي غصبه وارثه أو الذي ارتهنه فلا يصح (تكملة رد المحتار) انظر شرح المادة (١٥٧).

٣ - إذا أقر المريض في مرض موته بصداق لزوجته فيصدق إقراره بصداق المثل. لأن وجوب مهر المثل هو من حكم صحة النكاح. وليس لإقرار المريض به. فلذلك لو أقر الزوج

---

[1] (١) إن مدار الإقرار في هذه الفقرة هو على استهلاك الوديعة المعروفة وليس على ذات الوديعة.

للزوجة بصداق أكثر من صداق المثل فإقراره بالزيادة باطل (التكملة).

وليس للورثة بعد موت المقر الادعاء بأن الزوجة قد وهبت في حياة المقر صداقها للمقر المريض قبل إقراره ولا تقبل منهم بينة على ذلك.

٤ - الإقرار الذي يقع نفياً يصح قضاء فعليه لو قال المريض لا حق لي على فلان الوارث فصحيح وليس للوارث الآخر أن يدعي على ذلك الوارث بحق للمورث (تكملة رد المحتار) انظر شرح المادة (١٥٧١).

كذلك لو قالت امرأة في مرض موتها: ليس لي عند زوجي صداق صح (البحر).

المادة (١٥٩٩) - (المراد من الوارث في هذا المبحث هو الذي كان وارثاً للمريض في وقت وفاته. أما الوراثة الحادثة بسبب حاصل في وقت وفاة المقر ولم تكن قبلاً فلا تكون مانعة لصحة الإقرار فعليه إذا أقر أحد في مرض موته بمال لامرأة أجنبية ثم تزوجها ومات يكون إقراره نافذاً. وأما الإقرار لمن كانت وراثته قديمة ولم تكن حاصلة بسبب حادث كهذا فلا يكون إقراره نافذاً، مثلاً لو أقر من له ابن لأحد أخوته من أبوين بمال ثم مات بعد موت ابنه لا يكون إقراره نافذاً لما أن أخاه يرثه من حيث كونه أخاً له).

المراد من الوارث في هذا المبحث أي في مبحث الإقرار للوارث هو الذي كان وارثاً للمريض وقت وفاته وليس الوارث للمريض وقت إقراره، وللورثة أربع صور.

الصورة الأولى: أن يكون المقر له وارثاً وقت الإقرار وغير وارث وقت الموت فهذا الإقرار جائز مثلاً لو أقر من لا ولد له في مرض موته لأخيه بمال ثم ولد له ولد بعد الإقرار كان إقراره صحيحاً حيث انه حين وفاة المقر كان ولده مولوداً فأصبح أخوه غير وارث. فلذلك لو أقر أحد في مرض موته بأنه استوفى من بنته المتوفية مطلوبه (المائة درهم) وانكر ابنه الاستيفاء فإقراره صحيح لأن البنت المتوفية ليست بوارثة[1].

كذلك لو أقر أحد في مرض موته لزوجته بدين كذا دراهم وتوفت الزوجة ثم توفي المقر بعد ذلك كان إقراره صحيحاً. لأن الزوجة المتوفية ليست بوارثة. وقد جاء في الدر المختار أن الميت

---

(١) - ولو مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المريض جاز إقراره. وصورته: أقر لابن ابنه ثم مات ابن الابن عن أبيه ثم مات المقر عن ذلك الابن فقط أو عن ابنين أحدهما والد المقر له أو أقر لامرأته بدين فماتت ثم مات هو وترك منها وارثاً صح إقراره عند أبي يوسف ومحمد لخروج المقر له عن كونه وارثاً في الصورة الأولى وأما في الصورة الثانية فلأن العبرة بكون المقر وارثاً أولاً وقت موت المقر وهي إذ ذاك ليست وارثة لأن الميت ليس بوارث (الدر المختار ورد المحتار).

ليس بوارث كما لو أقر لامرأة في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثاً منكراً لما أقر به صح إقراره لحجة الجامع (الدر المختار).

الصورة الثانية: أن يكون المقر وارثاً وقت الإقرار ووقت الموت معاً وفي ذلك احتمالان:

الاحتمال الأول: أن يكون المقر له وقت الإقرار ووقت الموت وارثاً ولا يخرج من الوارثة أثناء ذلك وحكم ذلك قد مر في المادة (١٥٩٨).

الاحتمال الثاني: أن يكون المقر له وقت الإقرار ووقت الموت وارثاً إلّا أنه قد خرج من الوارثة أثناء ذلك وهذا الإقرار عند الامام أبي يوسف غير صحيح.

مثلاً: لو أقر المريض الذي لا ولد له لأحد إخوانه لأبويه بمال ثم ولد له ولد وتوفي بعد ذلك الولد ثم توفي المريض فإقراره لأخيه غير صحيح.

كذلك لو أقر المريض في مرض موته لزوجته بمال وابانها بعد الإقرار ثم تزوجها بعد إنقضاء عدتها ثم توفي المريض في ذلك المرض فلا يصح إقراره لأن المقر متهم في إقراره للتطليق. والزواج والإقرار المذكور صحيح عند الإمام محمد. لأن عدم جواز الإقرار هو السبب الموجود وقت الإقرار وبقاء الوراثة فإذا لم يبق السبب فالإقرار يكون صحيحاً.

الصورة الثالثة ـ أن يكون المقر له غير وارث في وقت الإقرار وفي وقت الموت معاً وحكم ذلك قد ذكر في المادة (١٥٩٦).

الصورة الرابعة ـ أن يكون المقر له غير وارث وقت الإقرار ووارثاً وقت الموت ويوضح حكمه على الوجه الآتي وهو:

إذا كانت وراثة المقر له وقت الموت لسبب كان موجوداً وقت الإقرار فالإقرار غير صحيح وإذا كان لسبب جديد فالإقرار صحيح وهذه الصورة توضح في الفقرات الآتية:

أما إذا كان المقر له وقت الإقرار غير وارث للمقر ثم أصبح وارثاً له وقت الوفاة بسبب حادث بعد الإقرار فلا تمنع الوارثة الحاصلة على هذا الوجه صحة الإقرار. فلذلك لو أقر أحد في مرض موته بمال لامرأة أجنبية ثم تزوجها وتوفي المقر بعد ذلك فيكون إقراره نافذاً. لأنه حين وقوع الإقرار كان الإقرار لأجنبي وليس لوارث فلذلك يكون نافذاً ولازماً ولا يبطل بعد ذلك (تكملة رد المحتار).

والحكم في الهبة والوصية ليس على هذا الوجه.

مثلاً لو وهب أو أوصى أحد بمال لامرأة أجنبية في مرض موته ثم تزوجها. وتوفي بعد ذلك فلا تصح الهبة والوصية. لأن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت. والهبة في مرض الموت وصية أيضاً والحال أن تلك المرأة تكون وارثة بعد الموت.

أما إذا كان المقر غير وارث وقت الإقرار وكانت وراثته الحاصلة بعد ذلك ليست حاصلة بسبب حادث بل كانت بسبب قديم فلا ينفذ إقراره أيضاً.

مثلاً لو أقر من له ولد في مرض موته بمال لأحد أخوانه لأبوين وبعد وفاة ولده توفي المقر بذلك المرض. فحيث ان المقر له كان أخاه وأصبح وارثاً له وبما أن الأخوة سبب قديم فلا ينفذ ذلك الإقرار لأن المريض محجور من الإقرار للوارث والأخ وارث إلاّ أنه محجوب بالابن وبزوال الحاجب قبل الموت فالأخ قد ورث بالسبب الموجود وقت الإقرار والحجر مستند إلى وقت الإقرار وأما في الأجنبية فسبب الأرث يثبت بعد الإقرار فلا يمكن استناد الحجر إلى ما قبل العلة (تكملة رد المحتار والكفاية).

كذلك لو أقر الأخ المسلم لأخيه النصراني فاسلم المقر له قبل وفاة المقر ثم توفي المقر فلا يصح إقراره حيث قد أصبح أخوه وارثاً له. لأن الأخوة التي هي سبب الإرث كانت قائمة وقت الإقرار.

كذلك لو أقر أحد في مرض موته بمال لأجنبي مجهول النسب ثم ادعى بأن ذلك الأجنبي ولده وكان المقر له أهلاً للتصديق وصدق ذلك الإقرار بالنسب فيثبت نسبه ويبطل الإقرار لوجود الوراثة وقت الموت. أما إذا كذب الأجنبي كونه ولدا للميت أو كان نسبه معروفاً فيكون الإقرار صحيحاً لعدم ثبوت النسب (الدر المختار).

المادة (١٦٠٠) - (إقرار المريض في مرض موته بالإسناد إلى زمن الصحة في حكم الإقرار في زمن المرض، فلو أقر أحد في مرض موته بأنه قد استوفى دينه الذي على وارثه في زمان صحته لا ينفذ إقراره ما لم يجز باقي الورثة، كذلك لو أقر أحد في مرض موته بأنه قد وهب ماله الفلاني حال صحته لأحد ورثته فلان وأنه سلمه إياه لا ينفذ إقراره ما لم يثبت ببينة أو يجزه باقي الورثة).

إقرار المريض لوارثه حال كونه في مرض موته بالإسناد إلى زمن الصحة في حكم الإقرار في زمن المرض أما الإقرار للأجنبي بالإسناد على هذا الوجه فحكمه مذكور في المادة (١٦٠٦).

فلذلك لو أقر أحد في مرض موته بأنه قد استوفى دينه الذي على وارثه من جهة كبدل المبيع أو القرض أو الإجارة في زمان صحته من وارثه المذكور لا ينفذ إقراره ما لم يثبت الاستيفاء بالبينة أو يجز الورثة ذلك الإقرار.

مثلاً. لو أقر أحد في مرض موته بأنه قد قبض قبل خمس سنوات من ولده ثمن الدار التي باعها له في حال صحته ثم توفي فما لم يثبت القبض بالبينة فللورثة أخذ حصتهم في الثمن المذكور من المقر له.

كذلك لو أقر أحد في مرض موته بأنه كان قد وهب ماله الفلاني في حال صحته لأحد ورثته فلان وأنه سلمه إياه فلا ينفذ إقراره ما لم يثبت الموهوب له بالشهود أن الواهب قد وهبه وسلمه الموهوب في حال صحته. أو بإقرار الورثة الآخرين أو بإجازتهم للإقرار.

كذلك لو أقر المريض في مرض موته بأنه كان أقر في حال صحته بأنه مدين لوارثه فلان بألف درهم أو أنه أقر بأنه قد استوفى مطلوبه الألف درهم من وارثه فلان فلا ينفذ إقراره.

المادة (١٦٠١) - (إقرار المريض في مرض موته بعين أو دين لأجنبي أي لمن لم يكن وارثه،صحيح استحساناً وإن استغرق جميع أمواله. إلا أنه إذا ظهر كذب المقر في إقراره بأن كان معلوماً بأحد الأسباب لأشخاص كثيرين بكون المقر به ملكاً للمقر بأن كان قد بيع المقر به للمقر في تلك البرهة أو وهب له أو انتقل له ارثاً من آخر ففي تلك الحال ينظر. فإذا لم يكن إقراره أثناء بحث وصية فتكون بمعنى الهبة ويلزم التسليم وإذا كان أثناء بحث وصية يحمل على معنى الوصية وعلى كلتا الحالتين تعتبر من ثلث ماله فقط).

الإقرار على قسمين:

القسم الأول: الإقرار بالحكاية وهو الإقرار على حقيقة الإقرار وهو إذا أقر المريض الغير مدين بدين الصحة في مرض موته إقراراً بالحكاية بعين سواء كانت مضمونة أو غير مضمونة أو بأمانة أو بدين لأجنبي أي لمن لم يكن وارثه ولو كان ذلك الأجنبي ابن الابن أو الزوجة النصرانية فإقراره صحيح استحساناً، ما لم يكن معلوماً بأن المقر به ملك للمقر، وإن استغرق جميع أمواله ولو لم يجز ذلك ورثته ويجب تأدية الدين للغريم بعد تحليفه من جميع أموال المقر لأن المتقضى موجود في الإقرار والمانع منتف ووجود المقتضى محقق بكون كل شخص مقتدراً على التصرف في ملكه كيف يشاء وعدم المانع هو أن مانع الإقرار هو الإرث وهو مثبت بانتفائه.

ووجهه أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية. لأن فيه تفريغ ذمة الميت ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الورثة كسائر حوائجه. لأن شرط تعلق حقهم الفراغ من حقه ولهذا يقدم كفنه عليهم. ولأنه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذراً من اتواء مالهم فيفسد عليه طريق التجارة أو المداينة، والقياس أن لا يصح إقراره إلا من الثلث. لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة. ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا من الثلث فكذا الإقرار وجب أن لا ينفذ إلا من الثلث (الدرر).

وهذه المادة متفرعة على كون الاقرار إخباراً إذ لو كان إنشاء أي تمليكاً للزم نفوذه في الثلث فقط عند عدم الإجازة. انظر شرح المادة (١٥٧٢).

قيل (الغير مدين بدين الصحة) لأنه إذا كان المقر المريض مدين بدين صحة فإقراره بالدين غير صحيح كما أن إقراره بالعيَن التي تحت يده غير صحيح في حق غرماء الصحة. انظر المادة الآتية.

وقد فسر لفظ أجنبي الوارد في هذه المادة بغير الوارث وعليه فابن الابن إذا وجد الابن أجنبي بحسب هذا المعنى وإقراره لابن ابنه معتبر كما أن إقرار المسلم لزوجته النصرانية بمال في مرض موته معتبر من جميع ماله كما أنه إذا أوصى لها بشيء فيعتبر من ثلث ماله أيضاً (تكملة رد المحتار).

أما إذا طلق أحد في مرض موته زوجته بائناً بطلب منها ثم أقر لها بمال وتوفي المريض وكانت في العدة فيعطى للمقر لها الأقل من الإرث ومن المقر به. وهذا الإعطاء هو بحكم الإقرار وليس بحكم الإرث.

أما إذا كانت عدتها منقضية فإقراره جائز.

كذلك لو طلق أحد في مرض موته زوجته بلا طلب منها وتوفي المقر قبل انقضاء العدة فإقراره غير صحيح (الدر المختار).

القسم الثاني: الإقرار بالابتداء.

إن الإقرار بالابتداء هو إقرار صورة، إلا أنه حقيقة تمليك ابتداء ومجدداً حيث أن المقر ممنوع من الهبة في مرض موته فيحتمل بأنه لم يثبت بالتمليك بصورة الهبة بل ملك بصورة الاقرار.

وقد ورد في التنقيح إذا كان الاقرار ابتداء وحمل على الهبة لزم التسليم وإن حمل على الوصية لا يشترط التسليم.

وهذا القسم من الإقرار يوضح بالفقرة الآتية.

إلا أنه إذا ظهر كذب المقر في إقراره بأن كان معلوماً بأحد الأسباب لأشخاص كثيرين بكون المقر به ملكاً للمقر أي أنه معلوم بقاء ملك المريض للمقر به بأن كان قد بيع المقر به للمقر في تلك البرهة أو وهب له أو انتقل له إرثاً من آخر. ففي تلك الحال ينظر: وفي الدر المختار لم يذكر عبارة (معلومة لأشخاص كثيرين) بل ذكر بأنه كان معلوماً بأنه سلكه ولم يرد ذكر عبارة (معلوماً لأشخاص كثيرين).

فإذا لم يكن إقرار المريض أثناء بحث وصية كان يقال للمريض ألا توصي إلى فلان. أو أن فلاناً فقير وهو محتاج للوصية فتكون بمعنى الهبة فيجب تسليم المقر به للمقر له لتمام الهبة حسب حكم المادة (٨٣٧) حتى أنه إذا توفي المقر قبل التسليم فلا حكم لذلك الإقرار فعليه لو أقر الابن بأن الفرس التي تحت يد والده في حال صحته هي لفلان وتوفي والده وهو مريض مرض الموت فهذا الإقرار معتبر من ثلث مال الابن المقر لأن هذا الإقرار متردد بين أن يكون باطلاً بوفاة الابن أولاً أو صحيحاً بوفاة الأب أولاً فيكون كالإقرار ابتداء في حال المرض.

وإذا كان الإقرار أثناء البحث في وصية يحمل على معنى الوصية ولذلك لا يلزم التسليم

ويعتبر من ثلث ماله فقط سواء كان هبة أو وصية انظر المادة (٨٧٩). والحكم على هذا الوجه إذا أضاف المقر المقر به إلى نفسه فعليه لو قال المقر: أن فرسي هذه لفلان فإذا لم يقل ذلك أثناء بحث وصية يحمل على الهبة ويجب التسليم وإذا كان قال ذلك أثناء بحث وصية يحمل على الوصية ولا يشترط التسليم (تكملة رد المحتار).

كذلك لو أقر أحد في مرض موته بأنه باع جميع أملاكه في حال صحته لأجنبي وأنه قبض ثمنها فإقراره بالبيع معتبر وإقراره بقبض الثمن معتبر من ثلث ماله (البهجة في إقرار المريض).

المادة (١٦٠٢) - (ديون الصحة مقدمة على ديون المرض، يعني تقدم الديون التي تعلقت بذمة من كانت تركته غريمة في حال صحته على الديون التي تعلقت بذمته بإقراره في مرض موته وعلى ذلك فتستوفى أولاً ديون الصحة من تركة المريض وإذا بقي شيء تؤدى منه ديون المرض، ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض بأسباب معروفة غير الإقرار كالديون التي تعلقت بذمته بأسباب الشراء والاستقراض وإتلاف المال المشاهد والمعلوم للناس فهي في حكم ديون الصحة، وإذا كان المقر به شيء من الأعيان فحكمه على هذا المنوال أيضاً. يعني إذا أقر أحد في مرض موته لأجنبي بأي نوع من الأشياء لا يستحقه المقر له ما لم تؤد ديون الصحة أو الديون التي ترتبت في ذمته بأسباب معروفة وكانت في حكم ديون الصحة).

ديون الصحة مقدمة على ديون المرض لأن المريض محجور من الإقرار بالدين ما لم تكن ذمته خالية من دين الصحة فالدين الذي يثبت بإقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا حجر.

إن دين الصحة أقوى من دين المرض ألا يرى أن المريض محجور من التبرع بأكثر من ثلث ماله وعليه فالإقرار في مرض الموت يوجد ضعفاً ما (السيد علي الفرائض).

كما أن ديون المرض مقدمة على الإرث. لأن قضاء الدين هو من الحوائل الأصلية حيث أن في ذلك تفريغاً لذمة المدين ورفعاً للحائل بين المدين وبين المكافأة الأخروية. فلذلك يتقدم إيفاء الدين على حق الورثة.

وجميع ديون الصحة متساوية في الدرجة سواء كانت مترتبة بأسباب معروفة أو كانت ثابتة بالبينة أو بإقرار المتوفي في حال صحته سواء كان ذلك الإقرار للوارث أو للأجنبي.

فلذلك إذا أقر المقر في حال صحته بدين لأشخاص عديدين في زمن واحد أو في أزمنة متعددة كان إقراره صحيحاً وكانت جميع الديون متساوية.

والحكم في ديون المرض على هذا الوجه أيضاً. فعليه لو أقر المريض بمرض الموت بديون متعددة في زمن واحد أو في أزمنة متعددة لأشخاص متعددين فالإقرار صحيح وتكون جميع تلك الديون ديون مرض لأن تلك الديون متساوية في ثبوتها في ذمة المقر.

كذلك لو أقر المريض أولاً بدين ثم بوديعة فيعد متساوياً لأنه إذا أقر أولاً بالدين فيتعلق حق الغريم في المال الذي تحت يد المقر فإذا أقر بعد ذلك بأن ذلك المال هو وديعة فلان فيكون بذلك قد أراد إسقاط حق الغريم فلا يصدق المقر إلا أنه حيث يكون قد أقر بوديعة يتعذر تسليمها فيثبت ديناً في ذمة المقر ويتساوى مع الغريم الآخر في الدين، أما إذا أقر أولاً بالوديعة وأقر بعد ذلك بالدين فيكون صاحب الوديعة أولى بوديعته. لأن المقر لما بدأ بالإقرار بالوديعة ملكها المقر له بعينها فإقراره بعد ذلك بالدين لا يعلق الدين في مال الآخر (تكملة رد المحتار والكفاية). وإقراره بمال في يده أنه بضاعة أو مضاربة حكمه مساو للوديعة كما في البدائع (التكملة).

والمقصود من ديون المرض الديون المجهولة أسبابها والمعلومة بمجرد إقرار المريض.

يعني تقدم الديون التي تعلقت بذمة من كانت تركته غريمة (أي التركة التي لا تفي بالديون) في حال صحته على الديون التي تعلقت بذمته بإقراره في مرض موته.

ويشار بهذا التفسير بأن التركة غير كافية لجميع الديون وان الدائن غير واحد بل متعدد. ففي هذه الصورة كان الدين للعباد. فإذا كان ما يبقى بعد تجهيز الميت يفي بالدين فبها. فإذا لم يف بها فالباقي يعطى للغريم أي إذا كان دائنا واحداً وما يبقى من الدين في ذمة المتوفي إن شاء الدائن عفى عنه وإن شاء تركه إلى دار الجزاء وإذا كان الدائن متعدداً فإن كانت جميع الديون ديون صحة فالباقي من التركة يقسم بين الدائنين تقسيم الغرماء وإذا اجتمع دين الصحة مع دين المرض يقدم دين الصحة (السيد علي الفرائض في أوله).

فلذلك يستوفي أولاً من تركة المريض ديون الصحة وإذا بقي فضلة من التركة تؤدي منها ديون المرض فعليه لو كانت تركة أحد عبارة عن خمسين ديناراً وكان مديناً في حال صحته بثلاثين ديناراً لشخص وأقر في مرض موته لأجنبي بعين غير مضمونة كالأمانة أو بعين مضمونة كالمغصوب أو أقر لذلك الأجنبي بثلاثين ديناراً فيؤدى من تركته أولا دين الصحة ويؤدى دين المرض مما يبقى.

ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض بأسباب معروفة أي بغير الإقرار الواقع من المريض أثناء مرض موته كالدين الذي تعلق بذمة المريض بأسباب الاشتراء والاستئجار والشراء بثمن المثل والاستقراض وإتلاف مال الغير والنكاح؛ المشاهدة والمعلومة للناس والتي لم تكن من التبرعات. فهي في حكم ديون الصحة أي أن هذه الديون مساوية لديون الصحة. لأنه لما علم سببها انتفت التهمة من الإقرار (المنح).

وقد اكتفى بأن يكون الدين معلوماً للناس ولم يذكر بأنه يجب أن يكون معلوماً للقاضي. لأن القاضي لا يحكم بعلمه وعليه فلا يكفي علم القاضي (تكملة رد المحتار).

والديون التي تثبت في مرض موت المريض على نوعين:

النوع الأول: الديون الممتازة فإذا قبضها الدائن من المدين المريض فليس لصاحب دين الصحة أن يشاركه في مقبوضه كبدل المقروض والمبيع وأجرة مسكن المريض وملبسه وبدل علاجه وأجرة طبيبه.

النوع الثاني: الديون الغير ممتازة فإذا قبضها الدائن من المدين المريض فلصاحب دين الصحة أن يشاركه في مقبوضه كالمهر الذي قبضته الزوجة والأجرة التي قبضها الآجر[١] انظر المادة (١٦٠٤).

إذا استقرض المريض في مرض موته وشاهد وعاين الشهود تسليم المقروض للمريض فيكون هذا الدين مساوياً لديون الصحة.

كذلك لو اشترى المريض أو استأجر مالاً بألف درهم وشاهد الشهود قبض المبيع أو الإستئجار فتكون الديون المذكورة مساوية لديون الصحة. لأن هذه الديون قد وجبت بأسباب معلومة وهي غير قابلة الرد.

كذلك النكاح إذا حصل بمشاهدة الشهود وبمهر المثل فالمهر المذكور كديون الصحة. لأن النكاح ولو كان لشيخ فان أي الذي لا يحصل له ذرية، معدود من الحوائج الأصلية. لأن النكاح في أصل وضعه من مصالح المعيشة والإعتبار يكون لأصل الوضع وليس للحال. لأنه لا يطلع في ذلك على الحال (تكملة رد المحتار والكفاية وشرح الهداية في إقرار المريض).

وإذا كان المقر به شيئاً من الأعيان فالحكم في ذلك على المنوال المذكور.

مثلاً لو أقر أحد في مرض موته بأن شخصاً آخر أودع عنده حصاناً فيستوفى أولاً من تركته ديون الصحة فإذا بقي شيء من التركة فيعطى الحصان للمقر له.

أما إذا ثبت بأن الحصان وديعة في يده بغير الإقرار كان يثبت ببينة فيأخذ المقر له الحصان عينا.

يعني إذا أقر أحد في مرض موته لأجنبي بأي نوع من الأشياء سواء كان ديناً أو عيناً لا يستحقه المقر له ما لم تؤد الديون التي هي في حكم ديون الصحة التي لزمت بأسباب معروفة كالشراء والاستئجار واتلاف مال الغير[٢].

المادة (١٦٠٣) ـ(إذا أقر أحد في مرض موته بكونه قد استوفى دينه الذي

---

(١) المهر من النوع الثاني ولم يعد من الترعات لأن النكاح من الحوائج الأصلية (تكملة رد المحتار).

(٢) لأن الفعل في المرض أحط من فعل الصحة إلا في مسألة تفويض الناظر النظر لغيره بلا شرط الواقف التفويض له فإنه صحيح في المرض لا في الصحة. أما إذا كان هناك شرط فيستويان (التكملة).

في ذمة أجنبي ينظر. فإن كان هذا الدين قد تعلق في ذمة الأجنبي حال مرض المقر يصح إقراره ولكن لا ينفذ في حق غرماء الصحة. وإن كان دينه هذا قد تعلق في ذمة الأجنبي في حال صحة المقر فيصح إقراره على كل حال سواء كان مديناً بديون صحة أو لا. مثلاً لو أقر المريض بعد بيعه مالا في حال مرضه بأنه قبض ثمنه يصح إقراره إلا أنه إن كان له غرماء صحة فلهم ألا يعتبروا هذا الإقرار. وإذا باع مالا في حال صحته وأقر بقبض ثمنه في مرض موته يصح إقراره على كل حال وإن كان له غرماء صحة فليس لهم أن يقولوا لا نعتبر هذا الإقرار)

إذا أقر أحد في مرض موته بكونه قد استوفي دينه الذي في ذمة أجنبي ينظر. فإذا كان هذا الدين قد تعلق بذمة الأحنبي في مرض موت المقر يصح اقراره إذا كان ذلك الدين بدل مال كالإستقراض أو ثمن المبيع أو بدل الإيجار ولكن لا ينفذ في حق غرماء الصحة إذا لم يصدقوا هذا لإقرار.

مثلاً، إذا أقر المريض في مرض موته بأنه باع ماله الفلاني لزيد الأجنبي وأنه قبض ثمنه منه فلا يصدق في الاسناد، كذلك لا يصدق إقراره في حق الغرماء بقبضه الثمن، ويقال للمشتري: أد الثمن مرة أخرى أو انقض البيع إن كان المبيع قائماً في يد المشتري أو في يد البائع إلا إذا عرف تلف المبيع قبل مرض البائع ولو عرف أن البيع كان في الصحة صدق في استيفاء الثمن سواء كان في الثمن رهن أو لم يكن. أقر في مرض موته أنه باع ماله من فلان وقبض ثمنه في صحته وصدقه المشتري فيه صدق في البيع إلا في قبض الثمن إلا في الثلث (البزازية).

أما إذا صدق الغرماء إقرار المريض أي إقراره باستيفاء الثمن فينفذ الإقرار في حقهم أيضاً (تكملة رد المحتار).

إلا أنه إذا لم يكن ذلك الدين بدل مال كأن كان بدل صلح عن صداق أو عن دم العمد فيكون نافذاً في حق غرماء الصحة أيضاً ولو كان المريض مديناً بدين معروف.

مثلاً؛ لو زوجت امرأة نفسها في مرض موتها لرجل بصداق (ألف درهم) واقرت في مرضها المذكور بقبضها الصداق فيكون إقرارها نافذاً في حق غرماء الصحة أيضاً.

وإن كان الدين تعلق في ذمة المقر له في حال صحة المقر فيصح إقراره على كل حال أي سواء كان مديناً بديون صحة أو لم يكن. والفرق بين الفقرتين هو. إذا كان المدين في حال صحته فحق الدائنين يتعلق بذمة المدين. أما إذا كان المدين في مرض موته فحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة والتركة هي عبارة عن الأعيان. وبما أن الدين ليس من الأعيان فالإقرار الذى يحصل على الوجه

المذكور في الفقرة الثانية لا يكون المريض قد اتلف به حق الغرماء فيكون صحيحاً. أما إذا كان المدين مريضاً فحيث أن حق الغرماء يتعلق بتركته فلذلك إذا باع مالا وأقر بقبضه ثمن ذلك المال فيكون قد اتلف حق الغرماء وعليه فلا يصح إقراره الوارد في الفقرة الأولى (تكملة رد المحتار).

مثلاً؛ لو أقر مريض بعد بيعه مالا في مرض موته بأنه قبض ثمن المبيع فيصح. إلا أنه إذا كان له غرماء صحة فلهم أن لا يعتبروا هذا الإقرار. وعليه فيستوفي أولاً غرماء الصحة دينهم فإذا أوفت التركة ديون الصحة فلا يطالب ذلك الأجنبي بالثمن المذكور. أما إذا لم تف التركة ديون الصحة فيطالب الأجنبي بالثمن. يعني يجب على الأجنبي حسب زعمه أن يؤدي الدين مرة أخرى. فإذا اداه الأجنبي فبها. وإذا لم يؤده ينقض البيع عند الإمام الثاني ويسترد المبيع منه. أنظر المادة الآنفة (تكملة رد المحتار).

وإذ باع مالا لأجنبي في حال صحته وأقر في مرض موته بقبض الثمن فيصح إقراره على كل حال وإذا كان له غرماء صحة فليس لهم الا يعتبروا هذا الإقرار.

إن الإبراء المبين في هذه المادة هو ابراء استيفاء أما التفصيلات في حق إبراء الإسقاط فقد مرت في شرح المادة (١٥٧٠).

المادة(١٦٠٤) -(ليس لأحد أن يؤدي في مرض موته دين أحد غرمائه ويبطل حقوق دائنيه الآخرين ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو القرض الذي استقرضه أثناء مرضه)

ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته أي بعضهم وأن يبطل حقوق دائنيه الآخرين ولو كان هذا الإيفاء إعطاء مهر أو بدل إيجار. بل يجب تقسيم ماله بين الغرماء غرامة. لأن حق كل الغرماء قد تعلق بجميع الأموال الموجودة في يد المدين.

مثلاً لو أدى المريض بمرض الموت دينه الألف درهم لمدينه ثم توفي فإذا لم تف تركته ديونه فللغرماء الآخرين أن يدخلوا الألف درهم إلى تقسيم الغرامة وأن يأخذوا حصتهم منها بنسبة دينهم. وليس للدائن الآخذ حصر ما أخذه لنفسه.

الاختلاف في وقت القبض. إذا اختلف الدائن والغرماء بعد وفاة المريض فقال الدائن. قد أخذت ديني العشرين ديناراً أثناء صحة المريض وقال الغرماء الآخرون انك قبضتها وقت مرضه فلنا حق الاشتراك واختلفا في ذلك. فإذا كانت العشرون ديناراً لم تزل في يد القابض فللغرماء الآخرين مشاركته فيها أنظر المادة(١١) وإذا هلكت فليس للغرماء الاخرين أخذ شيء منها [١].

---

(١) لأنه إنما يصرف إلى أقرب الأوقات بنوع ظاهر يصلح للدفع لا لإيجاب الضمان حال قيام المقبوض هو يدعي لنفسه سلامة المقبوض والغرماء ينكرون ذلك وقد اجمعوا على أن المقبوض كان ملكاً للميت فيصلح الظاهر شاهداً لهم وبعد هلاك المقبوض حاجة الغرماء إلى إيجاب الضمان فلا يصلح الظاهر شاهداً لهم (الخانية).

ويفهم من قيد مرض الموت الوارد في المجلة بأن للمدين الصحيح الغير محجور أن يؤدي دينه لبعض من شاء من مدينيه مرجحاً إياه على مدينيه الآخرين وليس للدائنين الآخرين مشاركة الدائن الذي رجح (تكملة رد المحتار وصرة الفتاوى في الإقرار ونقول الفيضية قبيل إقرار المريض).

إلا أنه له أن يؤدي النقود التي استقرضها وثمن المال الذي اشتراه أثناء مرضه. إذا كان الثمن بمثل القيمة. أما إذا كان الثمن زائداً فتكون الزيادة تبرعاً ووصية يعني إذا ثبت استقراضه واشتراؤه بالبينة فليس للغرماء الآخرين الإشتراك في البدل الذي أداه. وبعبارة أخرى ان حكم هذه الفقرة مشروط بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون ثمن المشتري بمثل القيمة فإذا كان زائداً فالزيادة تبرع ووصية.

الشرط الثاني: أن يثبت الاشتراء والاستقراض بالبينة وليس بإقرار المريض المجرد. لأن فيه تهمة (التنوير).

ففي هذه الصورة إذا أدى المريض بدل المستقرض للمقرض أو بدل المبيع للبائع فيبقى سالماً للاخذ وليس للغرماء الآخرين المشاركة في المأخوذ بعد الوفاة. لأن منع المريض من تأدية دين بعض غرمائه هو بسبب أن تلك التأدية تؤدي إلى إبطال حقوق الغرماء الآخرين. فإذا حصل للغرماء بدل ما أداه المريض قد جاز القضاء.

مثلاً؛ لو اشترى المريض فرسا وأدى ثمنها وان خرج من التركة ثمنها إلا أنه دخل إلى التركة بدلها وهي الفرس (الطحطاوي).

أما إذا توفي المشتري المريض قبل أداء الثمن فحكمه قد مر في المادتين (٢٩٥و ٢٩٦).

ويفهم من تعبير (فله أن يؤدي) بأنه وان كان ليس له الإشتراء بعد التأدية إلا أنه إذا توفي المريض قبل التأدية يدخل المقرض والبائع في تقسيم الغرماء وليس لهما أخذ تمام حقهما (التكملة).

وتعبير الاستقراض والاشتراء الوارد في المجلة للاحتراز من التزوج والاستئجار فعليه إذا أدى المريض مهر الزوجة التي تزوجها في مرض موته أو بدل إيجار الدار التي استأجرها فالمبلغ الذي أخذته الزوجة أو أخذه المؤجر لا يبقى سالماً لهما ويشاركهما فيه غرماء الصحة. لأنه لا يمكن أن يتعلق حق الغرماء بالشيء الذي يحصل للمريض من النكاح وسكنى الدار ولم يكن ذلك الحق صالحاً لتعلق حق الغرماء به فالتخصيص المذكور يكون مبطلاً لحق الغرماء.

المادة (١٦٠٥) ـ (الكفالة بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الأصلي بناء عليه لو كفل أحد في مرض موته دين وارثه أو مطلوبه لا يكون نافذاً، وإذا كفل الأجنبي يعتبر من ثلث ماله وأما إذا أقر في مرض موته بكونه قد كفل

الأجنبي في حال صحته فيعتبر إقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحة ان وجدت)

الكفالة بالمال في هذا المبحث أي في مبحث إقرار المريض في حكم الدين الأصلي فلذلك لو كفل أحد في مرض موته دين وارثه أو مطلوبه لا يكون نافذاً ما لم يجز الورثة الآخرون وليس للمكفول له أن يستوفي المكفول به من تركة المتوفي إذا لم تجزه الورثة.

وإذا كفل في مرض موته لأجنبي أي لغير وارثه يعتبر من ثلث ماله إلا إذا كان عليه دين محيط بماله فإنها تبطل ولو كفل ولا دين عليه ثم أقر بدين لأجنبي ثم مات فالمقر له أولى بتركته من المكفول له وإن لم يحط. فإن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها وإلا فبقدر الدين (رد المحتار).

وإذا كفل في حال صحته فتعتبر من جميع ماله ولو تعلقت في ذمة الكفيل حال المرض.

مثلاً لو قال أحد في حال صحته، أنا كفيل لفلان بما يقر به فأقر ذلك الشخص في مرض موته فتلزم الكفالة من مجموع مال الكفيل كما أنه لو أقر ذلك الشخص بعد وفاة الكفيل فتلزم من جميع ماله (الخانية) أنظر شرح المادة (٦٣٨).

وأما إذا أقر أحد في مرض موته بكونه قد كفل أحداً في حال صحته فيعتبر إقراره من جميع ماله فعليه لو أقيمت البينة بأن المريض قد أقر في حال مرضه بأنه كفل في حال صحته فيستوفي المكفول له من جميع تركة المتوفي. ولكن تقدم ديون الصحة ان وجدت (الخانية).

أما لو أقر بأنه كفل في صحته لوارثه أو عن وارثه فلا تنفذ (رد المحتار).

وجوه كفالة المريض.

إن كفالة المريض على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يكفل في حال الصحة كفالة معلقة بالسبب وأن يحصل ذلك السبب حال المرض.

مثلاً لو قال أحد لآخر: إنني كفيل لمطلوبك الذي سيثبت في ذمة فلان أو أنني كفيل للمبلغ الذي ستقرضه لفلان ثم ثبت ذلك المبلغ في مرض موت الكفيل أو اقرض المكفول له ذلك المبلغ للمكفول عنه أثناء مرض الكفيل فتكون كفالته صحيحة ويكون الدين كدين الصحة.

الوجه الثاني: أن يخبر المريض حال مرضه بأنه كفل في زمن الصحة فهذا الدين يكون بمنزلة دين المرض ولا يصدق في حق غرماء الصحة ويعد المكفول له من غرماء المرض.

الوجه الثالث: أن ينشئ المريض الكفالة في مرض موته فهذه الكفالة تعتبر في ثلث ماله فقط كالوصايا الأخرى (الانقروي في الخلاصة).

خلاصة الباب الثالث

احكام الاقرار

الحكم الأول: يلزم المرء باقراره الغير مكذب شرعاً فلذلك لا عذر للمقر لسبب عدم جواز الرجوع عن الاقرار في حقوق العباد، وعبارة حقوق العباد للاحتراز من الحقوق العامة فاذا كان قول المقر من جهة الاقرار والدعوى فيؤاخذ باقراره أما جهة الدعوى فيجب اثباتها بالبينة ولا حكم للاقرار الذي يكذب بحكم الحاكم. إذا كان الاستثناء عن الاقرار حصل داخل الشرائط الاربعة الآتية فلا يعد رجوعاً:

(١) ان يتصل المستثنى بالمستثنى منه (والنداء لا يمنع الاتصال). (٢) أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه (والاستثناء بلفظ كل العين باطل) .(٣) أن يكون المستثني من جنس المستثني منه صورة ومعنى أو من جنسه معنى. (٤) أن يكون المستثني منه متناولاً لفظ المستثنى.

الحكم الثاني: يلزم بعضاً لتمام الاقر تسليم المقر به وهو:

إذا اضاف المقر الاقرار الى نفسه. حيث يكون هبة التمام الاقرار يجب تسليم المقربه وهو المال الموهوب ولا يلزم بعضاً.

إذا لم يضف المقر المقربه لنفسه حيث يكون قد نفى الملك. لا يشمل اقرار الذي يقر بكافة امواله واشيائه لاخر الأشياء والأموال التي يملكها بعد الاقرار.

الحكم الثالث: إذا ادعى أحد بأنه كاذب في اقراره فيحلف المقر له على أن المقر غير كاذب في اقراره ويجوز أيضاً اثبات عدم الكذب.

الحكم الرابع: اقرار المقر في حال صحته ونفي الملك عن نفسه (الفقرة الثانية من المادة (١٥٩١) أو الذي يقر بأن اسمه مستعار (المادة ١٥٩٢ و ١٥٩٣) معتبر فيلزم باقراره حال حياته ويلزم بعد وفاته.

الحكم الخامس: اقرار المريض؛ معتبر بعضاً:

(١) ـ اقرار المريض الذي لم يكن له وارث في مرض موته نوع من الوصية ويعتبر في كل ماله وكذلك اقرار الزوج للزوجة والزوجة للزوج هو حسب المنوال المذكور إذا لم يكن لهما وارث آخر.

(٢) ـ اذا اقر احد في مرضه بمال لاحد ورثته ثم افاق من مرضه فاقراره معتبر.

(٣) ـ إذا صدق ورثة المريض المقر في اقراره فليس لهم بعد وفاته الرجوع عن تصديقهم ويعتبر الاقرار لأنهم بتصديقهم له اصبح الورثة مقرين به.

(٤) ـ الاقرار للوارث بامانة صحيح ولو لم يصدق الورثة. لأنه إذا ادعى الوارث بانه رد

الامانة للمورث وكذبه المورث يقبل قول الوارث.

(٥) ـ اذا اقر المريض لزوجته بصداق فيصدق بمقدار صداق المثل.

(٦) يجوز اقرار المريض قضاء الواقع نفياً.

(٧) اقرار المريض للاجنبي اقرار بالحكاية ولو احاط بجميع ماله صحيح ما لم يكن معلوماً بان المقر به ملك للمقر.

(٨) لو اقر احد في مرض موته انه قد استوفى مطلوبه من اجنبي فاذا كان قد تعلق هذا المطلوب في ذمة الاجنبي في مرض موت المقر فيصح اقراره إلّا أنه لا ينفذ في حق غرماء الصحة. أما اذا تعلق في ذمة الاجنبي حال صحة المقر فاقراره صحيح على كل حال وغير معتبر بعضاً:

(١) اذا اقر احد في مرض موته لاحد ورثته بعين أو دين ثم توفي فاقراره يكون موقوفاً على اجازة الورثة الآخرين حيث قد تعلق حق الورثة في مال المريض ويجب أن تكون هذه الاجازة بعد وفاة المقر ولا حكم للاجازة التي تقع قبل وفاة المقر.

(٢) اذا اقر المريض في مرض موته لوارثه بالاسناد إلى زمن الصحة فالحكم على المنوال السابق.

(٣) بما أن الاقرار بالابتداء هو هبة فلا يجوز بدون التسليم.

والمقصود من الوارث الوارد ذكره في بحث اقرار المريض الوارث للمريض وقت وفاته وفي ذلك اربع صور.

الصورة الأولى: أن يكون المقر له وقت الاقرار وارثاً وغير وارث وقت الموت فالاقرار له صحيح .

الصورة الثانية: أن يكون المقر له وقت الاقرار ووقت الموت وارثاً فاما الا يخرج من الوراثة أثناء ذلك المادة (١٥٩٨) فالاقرار صحيح[1]

وأما أن يخرج من الوراثة فهذا الاقرار غير صحيح عند ابي يوسف وصحيح عند الامام محمد لان عدم جواز الاقرار هو للسبب الموجود وقت الاقرار ولبقاء الوراثة.

الصورة الثالثة: أن يكون المقر له غير وارث وقت الاقرار ووقت الموت معاً المادة(١٥٩٦)

الصورة الرابعة: أن يكون المقر له وقت الاقرار غير وارث ووقت الموت وارثاً فاذا كانت الوراثة حاصلة بسبب موجود وقت الاقرار فالاقرار غير صحيح وإذا كانت الوراثة حصلت بسبب لم يكن موجوداً وقت الاقرار فالاقرار صحيح.

---

(١) ان اجازه الورثة والا فلا يصح.

الباب الرابع

في بيان الاقرار بالكتابة

الكتابة والخط من أهم والزم الأشياء للانسان وبها يقتدر على استحصال منافع كثيرة وعلى تأمين حقوق مهمة ومن المروي عن بن عباس ان المقصود من الاثارة في الآية الجليلة﴿أو اثارة من علم﴾الخط الحسن (الكليات بعلاوة).

قد اخذ في هذا الزمن العمل بالكتابة والخط أهمية عظمى فقد قصر اثبات كثير من الحقوق ولا سيما السندات والمقاولات على الخط فلذلك لا يجوز عد كل خط معمولاً به ومداراً للثبوت كما أنه لا يجوز الا يعمل بالخط إذ يؤدي ذلك إلى ابطال الحقوق فلذلك قد اتخذ طريق متوسط وبيان الاصلين الاتيين.

الأصل الأول: لا يعتمد على الخط الذي فيه شائبة تزوير ولا يتخذ ذلك الخط مداراً للحكم عند المنازعة لانه يمكن تصنيع وتزوير الخط.

ويتفرع على هذا الاصل المسائل الاتية.

أولاً: لا يعمل بالخط والسند إذا كان غير خال من شائبة التزوير والتصنيع على ما جاء في المادة (١٦١٠).

ثانياً: لا يعمل بالخط والختم فقط حسب المادة (١٧٣٦).

ثالثاً: لا يعمل بحجة الوقف فقط على ما جاء في المادة (١٧٣٩).

الاصل الثاني: يعمل بالخط البريء من شائبة التزوير والتصنيع لأن أكثر معاملات الناس تحصل بلا شهود فان لم يعمل بالخط يستلزم ضياع أموال الناس(تكملة رد المحتار).

ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية.

أولاً: يعمل بحجة الوقف المقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه على ما جاء في المادة (١٧٣٩).

ثانياً: يعمل بسجلات المحاكم الممسوكة بصورة سالمة من الحيلة والفساد حسب ما جاء في المادة (١٧٣٨).

ثالثـاً: يعمل بالبراءات السلطانية وقيود الدفتر الخاقاني حيث أنها مأمونة من التزوير.

رابعاً: تعتبر القيود المحررة في دفاتر التجار المعتمد بها من قبيل الاقرار بالكتابة.

خـامساً: ان المادة (١٦٠٩) وقسماً من المادة (١٦١٠) يتفرع على هذا الاصل.

المادة (١٦٠٦) ـ الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان راجع المادة (٦٩).

كما يؤاخذ الانسان باقراره الواقع بلسانه يؤاخذ أيضاً باقراره الواقع بالكتابة، ان مـواد (١٦٠٨ و١٦٠٩ و١٦١٠) من قبيل الاقرار بالكتابة أما المادة الآتية فهي اقرار باللسان. الاقرار بالكتابة معتبر سواء حصل من الناطق أو من الاخرس وسواء كانت بطلب الدائن وبلا طلب منه.

مثلاً لو ادعى المدعي بعشرة دنانير ديناً فابرز المدعى عليه سندا من المدعي معنوناً ومرسوماً يتضمن ابراء المدعي له واقر المدعي بكتابة ذلك السند فيسقط الدين ويثبت الدفع (البزازية انظر (١٦٠٩). قد بين في شرح المادة (٦٩) اقسام الكتابة الثلاثة (رد المحتار والتكملة).

المادة (١٦٠٧) ـ (امر احد اخر بأن يكتب اقراره هو اقرار حكماً بناء عليه لو امر احد كاتباً بقوله: اكتب لي سنداً يحتوي اني مدين لفلان بكذا دراهم ووقع عليه بامضائه أو ختمه يكون من قبيل الاقرار بالكتابة كالسند الذي كتبه بخط يده).

امر احد اخر بأن يكتب اقراره. وبتعبير آخر بأن يكتب كتابة تدل على اقراره هو اقرار حكماً. قيل (اقرار حكماً) لأن الأمر انشاء والاقرار اخبار فلا يتحدان حقيقة ففي هذه الصورة يكون المقصود من ذلك هو أنه إذا امر احد اخر بان يكتب اقراره فيكون قد حصل الاقرار أيضاً (تكملة رد المحتار).

بناء عليه لو أمر احد كاتباً بقوله: اكتب لي سنداً يحتوي اَني مدين لفلان فيكون هذا الحـال من قبيل الاقرار باللسان وفي هذه الصورة يتم الاقرار سواء كتب الكاتب ذلك أو لم يكتبه فاذا كتب الكاتب ووقع على السند بامضائه أو ختمه يكون من قبيل الاقرار بالكتابة كالسند الذي كتبه بخط يده. وقد بين هذ لبيان اسباب ثبوت الاقرار وفي هذا الحال تكون البينة أيضاً أحد أسباب الثبوت فلذلك إذا انكر المقر كونه أمر الكاتب أن يكتب على هذا الوجه واثبت المقر له ذلك بالشهود الشخصية فيلزم المقر.

كذلك لو امر احد آخر بان يكتب له سنداً بكونه باع ماله الفلاني من فلان فهو اقرار حكماً حتى انه لو لم يكتب ذلك السند وثبت للقاضي امره للكاتب بكتابة ذلك السند فيلزم بالبيع المذكور (الدر المختار).

المادة (١٦٠٨) ـ (القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها هي من قبيل

الاقرار بالكتابة أيضاً مثلاً لو قيد احد التجار في دفتره انه مدين لفلان بمقدار كذا يكون قد اقر بدين مقدار ذلك ويكون معتبراً ومرعياً كاقراره الشفاهي عند الحاجة).

القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها والتي تكون عليهم كالصراف والبياع والسمسار هي من قبيل الاقرار بالكتابة أيضاً ولو لم تكن في شكل سند موافق للرسم والعادة حيث أنه من العادة ان التاجر يكتب دينه ومطلوبه في دفتره صيانة للنسيان ولا يكتبه للهو واللعب (رد المحتار).

وعليه فالقيود التي تكون ضده حجة عليه أما القيود التي لصالحه فلا تكون حجة له لانه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف اذا كتبه. قال البياع وجدت في دفتري بخطي أو كتبت في دفتري بيدي أن لفلان علي الف درهم كان اقراراً ملزماً ولو قال في ذكري أو في كتابي لزمه وان يكن ان القيود التي يكتبها التاجر بخط يده في دفتره المعتد به هي من قبيل الاقرار بالكتابة أما اذا لم تكن تلك القيود بخط يده بل كانت بخط كاتبه أو بخط احد اجنبي وادعى التاجر بأنه لم يامر بكتابتها فالظاهران لا يكون ذلك القيد من قبيل الاقرار بالكتابة.

مثلاً، لو قيد احد التجار في دفتره المحفوظ لديه بخط يده انه مدين لفلان بمقدار كذا يكون قد اقر بدين مقدار ذلك ويكون القيد المذكور لدى الحاجة معتبراً ومرعياً كاقراره الشفاهي ويكون حجة عليه في حياته وبعد وفاته. فلذلك لو اقر احد بأنه قد قيد في دفتره بخط يده بأنه مدين لفلان بكذا دراهم فيلزم باقراره هذا لأنه لا يكتب في دفتره إلّا ما عليه صيانة من النسيان وللبناء على العادة الظاهرة (تكملة رد المحتار).

وعليه فالقيود التي في دفاتر التجار التي تكون ضدهم حجة عليهم. أما القيود التي لصالحهم فلا يؤاخذ الخصم بها.

مثلاً لو كان مقيداً في دفتر التاجر أن له في ذمة زيد عشرة دنانير فلا يكون هذا القيد من الأسباب الثبوتية للتاجر ويجب عليه إثبات مدعاه بوجه آخر. لأن ذلك بمعنى إثبات الحق على الغير بمجرد الدعوى وليس في الشرع نظير لذلك والإفتاء به ضلال بيّنٌ (رد المحتار وتكملته).

مثلاً، لو أبرز أحد سنداً وادعى على صراف كذا ألف دينار واقر الصراف بالسند وادعى تأديته المبلغ وأنه لم يتمكن من استرداد السند. إلّا أنه يوجد قيد في دفتر الصراف مبين فيه تأدية ذلك المبلغ فليس له إبراز ذلك الدفتر وإثبات دفعه.

ويشار بتعبير معتد به بأنه إذا كان غير معتد به وكان احتمال تزوير فلا يعمل به وعليه إذا كان للتاجر كاتب وكان الدفتر في يد الكاتب فإذا انكر التاجر أو ورثته بعد وفاته فلا يعمل بذلك الدفتر حيث يوجد شبهة تزوير بأن الكاتب قد قيد في الدفتر ديناً بدون علم التاجر (رد المحتار).

إلّا أن بعض التجار قد اتخذ أصولاً أن يقيد معاملته مع شخص آخر في دفتر ذلك الآخر.

مثلاً: عندما يأخذ زيد التاجر من عمرو الصراف نقوداً يكتب بخط يده في الدفتر الذي في يد عمرو بأنه اقترض من عمرو عشرة دنانير مثلاً فإذا أقر زيد بأن هذا الخط هو خط يده فالظاهر أنه يؤاخذ بذلك ولا يكون وجود الدفتر في يد خصمه سبباً لعد القيد غير معتبر.

المادة (١٦٠٩) - (إذا كتب أحد سنداً أو استكتبه من كاتب وأعطاه لآخر موقعاً بإمضائه أو مختوماً فإذا كان مرسوماً أي حرر موافقاً للرسم والعادة فيكون إقراراً بالكتابة ويكون معتبرا ومرعياً كتقريره الشفاهي والوصولات المعتادة وإعطاؤها هي من هذا القبيل).

إذا كتب أحد سنداً واستكتبه من كاتب واعطاه لآخر موقعاً بإمضائه أو مختوماً بختمه إذا كان مرسوماً أي محرراً وفقاً للرسم والعادة وكان صاحب الإمضاء أو الختم عالماً باللغة التي حرر بها السند فهو إقرار بالكتابة ويكون معتبراً ومرعياً كإقراره الشفاهي (الخانية وقارئ الهداية ورد المحتار).

والوصولات التي تعطي عادة هي من قبيل الإقرار بالكتابة ومعتبرة كالتقرير الشفاهي.

إن السند المحرر به اسم الدائن وشهرته ومقدار الدين والتاريخ والحاوي لإمضاء المدين أو ختمه في ذيله يعتبر في زماننا موافقاً للرسم والعادة. ويحرر بعضاً في السند سبب الدين وجهته وتاريخ تأديته ولا يحرر بعضاً. أما إذا كان صاحب الإمضاء أو الختم غير واقف على اللغة التي حرر بها السند وادعى بأنه وقع أمضاءه بدون علم مآل السند فلا يؤاخذ بالسند ما لم يثبت بأن السند قرئ عليه وشرح وفسر مضمونه له وأنه أمضى أو ختم السند بعد أن وقف على تمام مضمونه سواء أكان السند يتضمن الدين أو البيع أو التصرفات الأخرى (الخانية) انظر إلى عنوان (فائدتان) في شرح المادة (٨٦٠).

إذا فسرت هذه المادة يحصل في عقد الدين أربع صور.

الصورة الأولى: أن يكون متن سند الدين بخط المدين وتوقيعه بخطه أيضاً.

الصورة الثانية: أن يكون متن السند بخط غير المدين وأن يكون التوقيع بخط المدين.

الصورة الثالثة: أن يكون متن السند بخط المدين وأن يكون السند مختوماً بختم المدين بدون توقيعه ففي هذه الصور الثلاث حيث لا يوجد شائبة تزوير يعمل بمضمون السند.

الصورة الرابعة: أن يكون متن السند بخط غير المدين وأن يكون محل التوقيع مختوماً بختم المدين فقط.

ويستفاد من ظاهر هذه المادة أنه يعمل بهذا السند مع أن هذا السند غير خال من شائبة التزوير لأنه من الممكن حك ختم مطابق لختم آخر كما أن صاحب الختم لا يبقى ختمه دائماً في

صحبته بل يبقيه في بيته أو يتركه في محل أو يسلمه لمصلحة لامينه ومعتمده كما أنه يمكن الحكاك الذي حفر ذلك الختم أن يسلمه لصاحبه بعد أن يختم بذلك الختم بضعة سندات فلوجود هذه الشائبات كان من الواجب إذا أقر المدعي عليه بأن الختم الذي في السند هو ختمه وادعي أنه لم يختم السند وأنكر أصل الدين أن لا يلزم بالدين كما يفهم ذلك من المادة الآتية المتضمنة بأنه يعمل بالسند إذا كان بريئاً من شائبة التزوير والتصنيع.

قيل (أو مختوماً) والختم على وزن الشتم ومستعمل في معنيين: الأول الختم النقوش فيه اسم وعلى هذا المعنى يكون ختم اسماً. الثاني مصدر لفعل ختم يختم من الباب الثاني وهو بمعنى التختيم. وبما أن الختم هنا بمعنى المصدر فيعنى بذلك بأنه مختوم بالختم أي بختم المدين وقول المجلة في المادة (١٦٠٧) أو ختمه يدل على ذلك وعليه ففي هذه الصورة لو قال المدين الختم لي وقد ختمته فيلزم أما لو قال: إن الختم لي ولكني لم اختمه ولست مديناً فيجب إثبات الدعوى بوجه آخر.

تعدد سند الدين. لو أعطي أحد آخر سندين يتضمنان بأنه مدين بعشرة دنانير وكان السندان موقعين بإمضائه ومختومين بختمه وكان مقراً بهما فيلزمه أداء عشرين ديناراً ولا يعتبر قوله بأنني مدين بعشرة دنانير فقط وأن السند الثاني مؤكد للسند الأول (الخانية والتنقيح) انظر شرح المادة (١٥٨٧).

(المادة ١٦١٠) ـ(إذا أنكر من كتب أو استكتب سنداً مرسوماً على الوجه المحرر أعلاه وأعطاه لآخر ممضياً أو مختوماً. الدين الذي يحتويه ذلك السند مع اعترافه بكون السند له فلا يعتبر إنكاره ويلزمه أداء ذلك الدين. وأما إذا أنكر كون السند له فلا يعتبر إنكاره إذا كان خطه وختمه مشهور ومتعارفاً ويعمل بذلك السند. أما إذا كان خطه وختمه غير مشهورا ومتعارفا يستكتب ويعرض خطه على أهل الخبرة فإن أخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يؤمر ذلك الشخص بإعطاء الدين المذكور. والحاصل يعمل بالسند إذا كان بريئاً من شائبة التزوير وشبهة التصنيع أما إذا لم يكن السند بريئاً من الشبهة وأنكر المدين كون السند له وأنكر أصل الدين أيضاً فيحلف بطلب المدعي على كونه ليس مديناً للمدعي وعلى أن السند ليس له).

إذا أنكر من كتب أو استكتب سنداً مرسوماً على الوجه المحرر أعلاه وأعطاه لآخر ممضياً بإمضائه أو مختوماً بختمه الدين الذي يحتويه ذلك السند مع اعترافه بكون السند له أي مع اعترافه بأن خط السند خطه والختم الذي في السند ختمه وقد ختم منه كقوله مثلاً: إن السند محرر بخط يدي وقد كتبته إلّا أنني لست مديناً فلا يعتبر إنكاره ولا يحمل مجرد الإنكار على الكذب بالإقرار

بالكتابة فلذلك لا يحلف الدائن ويلزمه أداء ذلك الدين لأن هذا السند هو عادة حجة وغير ممكن إنكار المبلغ الذي يحتويه ويعد المنكر له مكابراً (رد المحتار).

فعليه إذا قال: إن الختم لي وأنني ختمته فلا يبقى شائبة تزوير، مثلاً لو حصلت معاملة بيع وشراء بين اثنين مدة ثم أجريا محاسبة بينهما فظهر أن لأحدهما على الآخر ديناً كذا درهما فأعطى المذكور سنداً على نفسه بأنه مدين بكذا درهما فليس للمدين أن يقول بعد اعترافه بالسند أنه حصل خطأ في محاسبتنا فلنعد الحساب بيننا بل يؤمر بإيفاء الدين كما في السند لأنه لا عذر لمن أقر (الدرر).

إلّا أنه إذا رؤيت محاسبة بين شريكي تجارة فظنت اللجنة التي رأت الحساب بأنه صواب فرضي الشريكان بالحساب إلّا أنه عند إجراء المحاسبة من لجنة أخرى تبين خطأ الحساب الأول فيجب حينئذ الرجوع إلى الصواب (تكملة رد المحتار).

أما إذا كان السند الذي كتبه أحد أو استكتبه غير مرسوم فلا يلزم إيفاؤه ولو أقر صاحبه به ما لم يقر بأن الدين في ذمته، ككتابة سند على الحائط أو على ورق الشجر (رد المحتار ومجمع الأنهر).

قيل (بدون تحليف الدائن) وان يكن أن صاحب التنقيح قال: انه يحكم للمقر له بعد تحليفه على أخذ المقر المبلغ المذكور في السند إلّا أنه يوجد في رد المحتار قيد كهذا. ومع ذلك فاليمين لا يكون للإثبات بل يكون أبداً للنفي وعلى ذلك فبيان التنقيح المار ذكره لا يوافق أحكام الفقه ولعل مقصود صاحب التنقيح بأن المدين إذا ادعى الكذب في إقراره بالكتابة يحلف على ما جاء في المادة (١٥٨٩).

أما إذا أنكر خط السند الذي أعطاه مرسوماً قائلاً: إنه لم يكن خطي. فإذا كان خطه أو ختمه مشهوراً ومتعارفاً بين التجار وأهل البلدة وأثبت كون خطه أو ختمه متعارفاً فلا يعتبر إنكاره ويعمل بذلك السند بدون حاجة لإثبات مضمونه ومندرجاته وليس للحاكم أن يحكم من نفسه بأن خطه وختمه مشهور ومتعارف لأن علم الحاكم ليس حجة وسبباً من أسباب الحكم.

قيل (مشهوراً ومتعارفاً) والشهرة الحقيقية عبارة عن التواتر وقد ورد تعريفه في المادة (١٧٣٥) أما إذا لم يكن مشهوراً ومتعارفاً بل شهد شاهدان بأن الخط والختم هو خط وختم المدعي عليه، شهد الشاهدان بأنهما شاهدا تحرير السند وهو يحرره فتقبل هذه الشهادة (رد المحتار وتكملته).

وخط في هذه الفقرة بمعنى الخط الذي حرر بصورة ظاهرة وعبارة الشيخ الأكمل تدل على ذلك، لذلك إذا ثبت بالشهرة والتواتر أن الخط هو خط المدين فيعمل به. كذلك المقصود من الختم ليس المصدر بل هو الاسم. ففي هذه الصورة إذا كان الختم مشهوراً ومتعارفاً فهو كاف لإثبات الدين والحال ان كون الختم مشهوراً ومتعارفاً لا يجعل السند بعيداً عن شائبة التزوير

والتصنيع. (انظر شرح المادة الآنفة).

فلو قيل بأن القصد من الختم هنا بمعنى المصدر أي كان مشهوراً ومتعارفاً بأنه وضع وطبع ختمه فيكون ذلك موافقاً للمسألة الفقهية إلّا أن قصد هذا المعنى من تلك العبارة بعيد وغير مناسب للمقام.

والاعتبار ليس للشيء المحرر في السند بل لنفس الأمر فلذلك لو باع أحد داره بخمسين درهماً وأخذ سنداً من المشتري بأنه مدين له بعشرة دنانير من ثمن تلك الدار وأراد المدين أن يؤدي خمسين درهماً وأراد الدائن أن يأخذ عشرة دنانير حسب محتويات السند فإذا أثبت المشتري وقوع البيع على دراهم أو نكل البائع عن حلف اليمين الذي طلبه المشتري فيؤدي المبلغ دراهم. أما إذا لم يمكنه الاثبات وحلف البائع اليمين فيؤدي المبلغ دنانير.

وأما إذا لم يكن خطه وختمه مشهوراً ومتعارفاً فيستكتب ويعرض خطه على أهل الخبرة فإذا اخبروا بأن الخطين خط شخص واحد فيؤمر ذلك الشخص أن يؤدي الدين المذكور.

هل يجب لفظ الشهادة في هذا الخبر؟ قد ذكر في هذه الفقرة بأنه يجري تطبيق الخط ولكنه لم يذكر تطبيق الخاتم. ولعل عدم ذكر ذلك هو لكونه إذا ثبت أن الختم ختمه لا يكون ذلك مداراً للحكم حسب ما وضحته آنفاً.

قيل (يستكتب) فإذا امتنع عن الكتابة عند الاستكتاب فيطبق ويقايس الخط على الخط الذي يعترف بأنه كتبه قبلاً. فإذا لم يوجد خط كهذا فالظاهر أنه يجبر على الكتابة.

والحاصل أنه إذا كان السند بريئاً من شائبة التزوير وشبهة التصنيع يعمل به. أما إذا كان السند حاوياً للختم فقط وادعى بأنه لم يختمه وأن الختم قد وقع في يد الدائن فختم به السند فحيث لا يكون ذلك السند بريئاً من شائبة التزوير فلا يكون مدار للحكم. فإذا كان السند غير بريء من شبهة التزوير وأنكر المدين أن السند سنده كما أنه أنكر أصل الدين فيحلف المدعي عليه بطلب المدعي على أنه لم يكن مديناً وأن السند لم يكن سنده. يعني أن التحليف يجري على أمرين (١) على عدم الدين (٢) على أن السند لم يكن سنده فإذا نكل عن حلف اليمين على عدم الدين فيلزم بالدين سواء حلف اليمين على أن السند كان له أو لم يحلف. أما إذا حلف على عدم كونه مديناً ونكل بعد ذلك عن الحلف على أن السند لم يكن له فهل يلزم الدين؟ قد ذكر في الفقرة الأولى بأنه في صورة إقراره بأن السند سنده وإنكاره الدين لا يعتبر إنكاره.

المادة (١٦١١) - (إذا أعطى أحد سند دين حال كونه مرسوماً على الوجه المبين أعلاه ثم توفي يلزم ورثته بإيفائه من التركة ان كانوا معترفين بكون السند للمتوفي. وأما إذا كانوا منكرين بأن ذلك السند للمتوفي فيعمل بذلك السند إذا كان خط وختم المتوفي مشهوراً ومتعارفاً).

إذا أعطى أحد سند دين حال كونه مرسوماً على الوجه المبين أعلاه ثم توفي يلزم ورثته بإيفائه من التركة إذا كانوا معترفين بكون السند للمتوفي ولو أنكروا الدين انظر المادة السابقة. لأن الورثة يقومون مقام المورث. أما إذا لم يكن للمتوفي تركة فلا يلزم الورثة إيفاء الدين من مالهم بمجرد كونهم ورثة للمتوفي. وإذا أقر بعض الورثة بذلك السند وأنكره بعضهم فيلزم المقر أن يؤدي مقدار حصته انظر المادتين (٧٨ و١٦٤٣).

وأما إذا كانوا منكرين ذلك فيعمل بالسند إذا كان خط وختم المتوفي مشهوراً ومتعارفاً أي أن يثبت أن الخط والختم هو خط وختم المتوفي بالشهرة والتواتر ولا يعتبر إنكارهم. أما إذا ثبت أن الختم للمتوفي بشهرة التواتر ولم يثبت الخط فالموافق لأحكام الفقه أن لا يعمل بذلك السند وإذا أقر الورثة بأن السند من المتوفي إلا أنهم أنكروا الدين فلا يعتبر إنكارهم كما هو مبين في المادة الآنفة.

المادة (١٦١٢) - (إذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة متوف ملصق عليه بطاقة محرر فيها بخط المتوفي أن هذا الكيس مال فلان وهو عندي أمانة يأخذه ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج إلى إثبات بوجه آخر).

أي أن لا يحتاج إلى إثبات آخر كالبينة. لأن العادة تشهد بأن الإنسان لا يحرر عبارة كهذا على ماله (رد المحتار). لأن العادة محكمة انظر المادة (٣٦) فإذا لم يوجد في تلك البطاقة توقيع المتوفي فالظاهر أنها معتبرة.

العمل بالعلامة الفارقة. من العادة أن التجار يكتبون علامات على الإجمال تدل على اسم صاحبها فهل هذه العلامات تدل على أن ذلك الحمل لصاحبه؟ فإذا كان صاحب العلامة أو وكيله واضعاً اليد على ذلك الحمل فحيث أن وضع يده دليل على الملك بلا بينة فيترك ذلك الحمل لواضع اليد ما لم يثبت خلافه ببينة شرعية ففي هذه الصورة لم تعتبر الكتابة فقط وإذا لم يكن أحد واضع اليد على الحمل فالأصل أن يكون الحمل لصاحب الإسم ما لم يثبت الغير بالبينة الشرعية بأن الحمل له (التنقيح).

تاريخ الإرادة السنية ١٩ جمادى الأولى سنة ١٢٩٢.

خلاصة الباب الرابع

في حق الإقرار بالكتابة

١ - الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان.

٢ - لا يعمل بالضد إذا لم يكن بريئاً من شائبة التزوير وشبهة التصنيع فإذا كان بريئاً فيمكن العمل به وعلى ذلك يعمل بمضمون السند إذا كان:

أولاً: خط السند وتوقيعه بخط المدين.

ثانياً: خط السند لغير المدين وتوقيعه بخط المدين.

ثالثاً: خط السند خط المدين ومختوماً ذيله بختمه.

٣ ـ لا يقبل ادعاء المدين إذا قال أن خط السند خطي ولكن الدين ليس ديني ويلزم المدين تأدية الدين بدون أن يحلف الدائن.

٤ ـ إذا اعترف ورثة المتوفي بسند الدين المرسوم يحصل الدين من التركة. إذا ظهر في التركة ورقة تتضمن بأن مالا يعود لآخر وأنه أمانة في يد المتوفي فلصاحبه أخذه من التركة.

الكتاب الرابع عشر

الدعوى



الكتاب الرابع عشر

الدّعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي دعى عباده إلى دار السلام، والصلاة والسلام على من بعث للدعوة إلى الأنام. وعلى آله وأصحابه الناصرين لسيدنا وقرة أعيننا محمد عليه الصلاة والسلام.

الكتاب الرابع عشر

في حق الدعوى ويشتمل على مقدمة وبابين

الدعوى اسم ومصدره الادعاء من باب الافتعال وثلاثيه دعى يقال ادعيت أي طلبت الشيء الفلاني لنفسي. بما أن ال في الدعوى للتأنيث فلا تقبل التنوين وجمعه دعاوى بفتح الواو وكسرها. وقد قال بعضهم: إن قراءتها بالكسر أولى وقال آخرون: قراءتها بالفتح أو الكسر سيان.

واسم فاعله (مدع) واسم مفعوله مدعى عليه (الدر المختار والبحر) فعلى هذا التقدير إذا ادعى زيد مالاً من عمرو فزيد مدع وعمرو مدعى عليه والمال مدعى به أو مدعى.

مقدمة

في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالدعوى

يلزم في الدعوى علم سبعة أشياء وهي: مشروعية الدعوى وتعريفها وتقسيمها وركنها وشرطها وحكمها وسببها.

مشروعية الدعوى - ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة (مجمع الأنهر).

تعريف الدعوى وتقسيمها - يبين في المادة الآتية:

ركن الدعوى - إذا كان المدعي أصيلًا أن يضيف الحق إلى نفسه وإذا كان وكيلًا أو ولياً أو متولياً أن يضيفه إلى من يقوم مقامه لأن ركن الشيء ما يقوم بالشيء والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعي إلى نفسه فكان ركنا (الشبلي) كقوله: هذا المال لي أو لموكلي فلان أو للصغير فلان أو للمجنون فلان أو للمعتوه فلان الذي أنا وليه أو وصيه أو للوقف الفلاني أو أن لي في ذمة فلان كذا درهماً أو إني أديت ديني لفلان أو أن فلاناً أبرأني من حقي (الدر المختار والشرنبلالي).

شرط الدعوى - يبين في الفصل الأول من الباب الأول الذي يبتدئ من المادة (١٦١٦)

حكم الدعوى - وجوب الجواب على المدعى عليه أما بالإقرار أو الإنكار فإذا أقر يثبت المدعي وإذا أنكر تستمع البينة وإذا سكت يعتبر إنكاراً أو تستمع البينة ما لم يكن سكوته لعذر كأن يكون أخرس وسيوضح ذلك في شرح المادة (١٧٢٢) (البحر).

سبب الدعوى - تعاطي المعاملات وتعلق بقاء المقدر (الدر المختار) لأن المدعى به إما أن يرجع إلى نوع كدعوى بأن هذا المحل طريق عائد للعامة وإما أن يرجع إلى شخص كدعوى أن هذه الأرض لي (البحر بزيادة).

ومشروعية الدعوى لم تكن لذاتها بل لأنه يحصل بالحكم انقطاع الفساد الذي يؤمل حصوله في حالة بقاء الدعوى. والدعوى أصل شرع لاستحصال صاحب الحق على حقه ولمنع الفساد والاختلاف إلا أنه يوجد بعض حقوق لصاحب الحق الاستحصال عليها بدون حكم والبعض لا يمكن الاستحصال عليه إلا بحكم.

أما الحقوق التي يحق لصاحب الحق الاستحصال عليها بالذات فهي:

أولاً: إذا كان الحق قصاصاً فلولي القتيل أن يقتص بالسيف سواء حكم له فيه أو لم يحكم.

وقد ورد في البحر ويضرب علاوته ولو رام قتله بغير سيف منع وإن فعل عزر ولكن لا يضمن لاستيفاء حقه.

ثانياً: إذا كان الحق حق شتم فلصاحب الحق أن يقول لخصمه القول الذي قاله له والأولى ألا يقوله (البحر).

ثالثاً: إذا امتنع المستأجر عند انقضاء مدة الإجار عن تسليم مفتاح الدار للمؤجر وترك متاعه في الدار وغاب فللمؤجر أن يفتح الدار بمفتاح آخر وأن يؤجر الدار لآخر بدون إذن القاضي وأن يضع أمتعة المستأجر في مكان ويحفظها لحين حضوره ولا تحتاج هذه المعاملة إلى إذن القاضي.

رابعاً: إذا شغل أغصان شجرة الجار هواء ملك الجار الآخر وكان غير ممكن ربط الأغصان وتفريغ الهواء فإذا قطعها الجار من المحل الذي يقطعه القاضي فلا يلزمه ضمان. أنظر المادة (٩٦١).

أما إذا قطعها من موضع آخر أو قطعها مع إمكان تفريغ الهواء بشدها فيلزمه ضمانها. أنظر شرح المادة (١١٩٦).

خامساً: إذا ظفر الدائن بمال المدين الذي هو من جنس مطلوبه فله أخذه بلا رضاء المدين كأن يكون الإثنان ذهباً أو يكونا فضة. أما إذا كانا مختلفين كأن يكون الدين مثلاً فضة والمال الذي ظفر به ذهباً فعند أبي بكر الرازي والإمام الشافعي أن له أخذ مقدار قيمة دينه، وبتعبير آخر يجوز أخذ الدنانير بالدراهم والدراهم بالدنانير سواء كان المدين مقراً أو كان منكراً وسواء كان عند الدائن بينة أو لم يكن عنده بينة أنظر شرح المادة (١١١٣).

ولم أر حكم ما إذا لم يتوصل إليه إلا بكسر الباب ونقب الجدار وينبغي أن له ذلك حيث لا يمكنه إلا بأخذ القاضي (البحر).

سادساً: إذا أخذ أجنبي مالاً من مدين أحد من جنس دينه بقصد إيفاء دائنه وإعطاء للدائن فهو جائز عند بعض الفقهاء ويكون معيناً للدائن.

أما الحقوق التي ليس له الاستحصال عليها بالذات فهي:

أولاً: إذا كان الحق حق قذف فليس لصاحبه استيفاؤه بنفسه بل يستوفيه بحكم القاضي. لأن الغالب في ذلك الحق هو حق الله عز وجل فيستوفى هذا الحق بطلب المقذوف من طرف القاضي المأمور بإقامة الحدود.

ثانياً: إذا كان الحق حق تعزير وكان الحق حق ضرب فليس لصاحب الحق استيفاؤه بذاته.

مثلاً: لو ضرب أحد آخر وضرب المضروب الضارب مقابلة فيعزر كلاهما. إلا أنه يبدأ بتعزير وتأديب البادئ منهما بالضرب لأنه أظلم. ويجب التعزير على من بدأ بالاعتداء (البحر)

المادة (١٦١٣)- (الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي وللآخر المدعى عليه).

الدعوى لغة هي قول يقصد به الإنسان إيجاب الحق على غيره. وشرعاً هي طلب أحد حقه من آخر قولاً أو كتابة في حضور القاضي حال المنازعة بلفظ يدل على الجزم بإضافة الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه.

مثلاً: لو ادعى أحد على آخر قائلاً في حضور الحاكم: إن هذه العين لي فيكون قد أضاف الحق إلى نفسه. وإذا قال الوكيل: إن هذا المال لموكلي أو قال الولي إن هذا المال للصغير فلان الذي تحت ولايتي فيكون قد أضاف الحق إلى الشخص الذي ناب عنه (الهندية بزيادة).

إيضاح القيود ـ (في حضور القاضي) فهذا القيد باعتبار قيد احترازي من الناس الذين هم غير القاضي. لأن شرط الدعوى وقوعها في حضور القاضي. والطلب الذي يقع في غير حضور القاضي لا يعد دعوى. فلذلك لو طلب أحد من آخر حقاً في غير حضور القاضي فليس لذلك الشخص أن يجيب المدعي على دعواه (الهندية).

كذلك إذا طلب المدعي حقه في غير حضور القاضي وسكت المدعى عليه وطلب المدعي تحليفه اليمين فسكت عن ذلك أو نكل عن حلف اليمين بقوله لا أحلف. فلا يكون مقراً بالدين وباذلا له كما أن الطلب المذكور لا يقطع مرور الزمن كما هو مذكور في المادة (١٦٦٦) فعلى هذه الصورة قد فهم أن حضور القاضي شرط لجواز الدعوى.

وباعتبار آخر ليس قيداً احترازياً. وحضور المحكم كحضور القاضي في الأمور التي تصح الدعوى فيها في حضور القاضي ويجوز التحكيم فيها (الشرنبلالي).

(حال المنازعة) ويخرج بهذا التعبير الإضافة حال المسالة لأن هذه الإضافة وإن كانت لغة دعوى إلا أنها ليست بدعوى شرعاً (البحر).

حقه ـ وهذا التعبير يشمل الصور الآتية:

أولا: يشمل الأعيان فإذا ادعى أحد قائلاً: إن هذه الفرس لي والمدعى عليه وضع يده عليها بغير حق فأطلب تسليمي إياها فتكون الدعوى دعوى عين.

ثانياً: تشمل الديون فإذا ادعى المدعي قائلاً: إن لي في ذمة هذا المدعى عليه عشرة دنانير من جهة القرض فأطلب اعطائي إياها فتكون الدعوى دعوى دين.

ثالثا: تشمل الحق الوجودي. والحق الوجودي كقول المدعي: إن لي عند فلان كذا مبلغاً.

رابعاً: تشمل الحق العدمي والحق العدمي هو دعوى دفع التعرض مثلاً: لو ادعى أحد قائلاً: إن فلاناً يتعرض لي في الشيء الفلاني بدون حق فأطلب دفع تعرضه تسمع منه هذه الدعوى

وإذا لم يثبت المتعرض بأن تعرضه بحق فالقاضي يمنع المتعرض من التعرض بغير حق وهذه الدعوى تكون دعوى الحق العدمي. أما دعوى قطع النزاع فغير مسموعة (البحر، الدر المنتقى، الطحطاوي) مثلاً: لو ادعى أحد في حضور الحاكم قائلاً: إذا كان لفلان عندي حق فليدع علي به وإلا فليشهد على براءتي فلا تسمع دعواه يعني أنه لا يقال لذلك الشخص إن كان لك حق فأدع. لأن الحق هو له. فله أن يدعي به أو أن يتركه. وبتعبير آخر إن شاء ادعى به هذا اليوم وإن شاء يدعي به بعد خمس سنوات (تكملة رد المحتار).

كذا لو راجع أحد القاضي قائلاً: إنني كنت مديناً لفلان الحاضر بالبلد بعشرة دنانير وقد أبرأني منها أو أنني أديتها له فأحضروه واسألوه عن ذلك فإذا أنكر فإنني أثبت قولي فلا يقبل الحاكم دعواه ولا يجلب المدعى عليه إلى المحاكمة.

كذا لو راجع المدين القاضي قائلاً: إن الدائن في مدينة أخرى وأنه سيذهب إليه وطلب استماع شهوده على الإبراء أو على التأدية فلا يقبل منه (الدر المختار).

وبقوله حقه: قد أضيف الحق إلى المدعي وكون الحق للمدعي إما أن يكون حقيقة كأن يكون المدعى به ملك المدعي أو حكماً كأن يكون المدعى به ملك موكله أو وصيه أو وليه (الدر المنتقى).

بإضافته إلى نفسه ـ فهذا يكون بقوله إن لي في ذمة هذا الرجل كذا درهماً أو بقوله إنني أديت لهذا المدعي الدين أو أنه ابرأني منه. أما إذا لم يضفه إلى نفسه كقول الخارج لذي اليد ان هذا الشيء ليس لك فإذا لم يقل أنه لي فلا يكون مدعياً وخصماً في الدعوى. فلذلك لو أحضر المدعي أحداً إلى مجلس القاضي وقال: إن هذه الساعة التي في يد هذا الرجل ليست له فلا يكون هذا القول دعوى فلذلك لا يتوجه على المدعى عليه السؤال الآتي: هل هذه الساعة لك؟ فإذا لم تكن لك فلماذا هي في يدك؟(البحر بزيادة).

يدل على الجزم ـ يشترط في الدعوى وقوع طلب الحق بلفظ يدل على الجزم واليقين. فلذلك لو ادعى أحد قائلاً: إنني أظن أو اشتبه بأن لي في ذمة هذا الرجل كذا درهماً أو يجب أن يكون لي في ذمته كذا دراهم لا تصح بل يجب عليه أن يبين بأنه يطلب له منه يقيناً كذا مبلغاً (رد المحتار).

قولاً أو كتابة ـ فكما تصح الدعوى قولاً تصح كتابة. فلذلك للإنسان الذي يعجز عن تقرير مدعاه عن ظهر قلب أن يحرر دعواه على ورقة ويقرر دعواه منها.

كذلك يستجوب القاضي المدعي والمدعى عليه الذي يجهل لغتها بواسطة ترجمان . أنظر المادة (١٨٢٥).

وتعريف الدعوى هذا يشمل دفع الدعوى أيضاً. وأن يكن أن دفع الدعوى قد عرف في المادة (١٦٣١) على حدة إلا أنه دعوى. مثلاً لو ادعى المدعي قائلاً: إن لي في ذمة هذا المدعى

عليه عشرة دنانير من جهة القرض فأجابه المدعى عليه مقابلة لدعواه هذه قائلاً: إنني اديتك المبلغ المذكور فقول المدعى عليه هذا الكلام هو دعوى حيث كما بين في شرح المادة (١٥٨) أن الديون تقضي بأمثالها فالإيفاء دعوى دين.

كذلك لو قال المدعى عليه: إنك ابرأتني من المبلغ المذكور فهذا القول معنى دعوى تمليك (ابن عابدين، البحر).

ويقال له أي للطالب المدعي وللآخر أي للمطلوب منه المدعى عليه.

فإذا فصلت هذه التعاريف أصبح تعريف المدعي هو الشخص الذي يطلب حقه في حضور القاضي وتعريف المدعى عليه هو الشخص الذي يطلب منه حق في حضور القاضي.

إلا أن هذه التعاريف منتقضة بدفع الدعوى حيث أنه إذا ادعى المدعي بعشرة دنانير وأجابه المدعى عليه قائلاً: إنني اوفيتك تلك فهو في مفهوم طلب حقه في حضور القاضي. أنظر شرح المادة (١٥٨). بناء عليه يصدق في هذه المسألة تعريف المدعى عليه على المدعي فلذلك يجب أن يعرف المدعي بأنه هو الذي إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها أي الذي لا يجبر على طلب الحق. وتعريف المدعى عليه بأنه هو الذي إذا ترك الخصومة يجبر عليها.

مثلاً: لو كان لأحد مع آخر دعوى تتعلق بخصوص ما ولم يدع المدعي بذلك فليس للآخر أن يجبره على الدعوى قائلاً: أدع علي بذلك الخصوص لتفصل الدعوى بيننا (علي أفندي والدر المنتقى ومجمع الأنهر والزيلعي والبحر بزيادة).

وهذه التعاريف لا تنتقض بدفع الدعوى المبين آنفاً إذ في هذه الصورة يكون الدافع مدعياً وله ترك دفعه وإذا لم يبينه في المحكمة فلا يجبر على بيانه.

إن تفريق المدعي من المدعى عليه من مسائل الدعوى التي يبنى عليها مسائل مهمة. حيث إذا لم يفرق بينهما لا يعلم لمن يكون الأثبات ولا لمن يكون اليمين. إلا يرى أن كلام شخص يكون في صورة الدعوى. إلا أنه يكون معني ليس بدعوى بل إنكاراً كما هو الحال في المودع والمستودع.

مثلاً: لو ادعى المستودع رد الوديعة فهو وإن كان صورة مدعياً إلا أنه معنى منكر للزوم الرد والضمان ولانشغال الذمة وحيث أنه مدعى عليه فيحلف على عدم لزوم الرد والضمان ولا يحلف على كونه رد وأعاد الوديعة لأن اليمين تكون على النفي ابداً (الدرر) حيث أن الاعتبار للمعاني لا للألفاظ والمباني أنظر المادتين (٨و ٣) (الهداية).

وإذا أنكر المودع رد الوديعة فهو في الحقيقة ليس منكراً بل هو مدع انشغال ذمة المستودع (مجمع الأنهر).

تقسيم الدعوى ـ الدعوى على ثلاثة أقسام:

القسم الأول ـ الدعوى الصحيحة وهي الدعوى التي يترتب عليها أحكام احضار الخصم

ومطالبة الخصم بالجواب والإثبات بالبينة لدى الإنكار ووجوب اليمين واحضار المدعى عليه.

القسم الثاني ـ الدعوى الفاسدة وهي الدعوى الصحيحة أصلاً إلا أنها غير مشروعة باعتبار أوصافها الخارجية كأن يكون المدعى به مجهولاً. أنظر المادة (١٦١٩) وهذه الدعوى قابلة للتصحيح..

القسم الثالث ـ الدعوى الباطلة وهي الغير الصحيحة أصلاً وهذه الدعوى غير قابلة للتصحيح ولا يترتب عليها أحكام أي أنه لو ثبتت الدعوى لا يترتب على الخصم شيء.

مثلاً لو ادعى أحد قائلاً: إن جاري فلاناً غني وهو لا يعطيني صدقة مع كوني فقيراً فليعطني صدقة فدعواه غير صحيحة. كذلك لو ادعى أحد على آخر بأنه وكيله وانكر المدعى عليه فدعواه غير صحيحة وحيث أنها غير قابلة للتصحيح فالقاضي يردها في الحال (الدر المنتقى بتغيير ما وزيادة).

(١٦١٤) ـ (المدعى هو الشيء الذي ادعاه المدعي ويقال له المدعى به أيضاً).

قد قال بعض الفقهاء: إنه يجب أن يقال لذلك الشيء مدعى به وأن تسميته بالمدعى خطأ.

أن تعبير المدعى به مشهور استعماله بين الفقهاء والخطأ المشهور أولى من الصواب المهجور (رد المحتار) أما المجلة فقد قبلت تعبير مدعى.

المادة (١٦١٥) ـ (التناقض هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه أي سبق كلام منه موجب لبطلان دعواه).

التناقض لغة بمعنى التدافع فيقال إن في كلام فلان تناقضاً أي أن بعض كلامه يبطل كلامه الآخر. ومعناه شرعاً هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه. أي سبق كلام منه موجب لبطلان دعواه. وبتعبير آخر هو أن يتكلم المدعي قبلاً في حضور القاضي كلاماً منافياً لدعواه سواء كان كلامه الأول في حضور القاضي، والتناقض في هذه الصورة يكون تناقضاً بين دعويين، أو كان في غير حضور القاضي. والتناقض في هذه الصورة هو تناقض بين الدعوى وبين غيرها.

فلذلك إذا ادعى أحد في حضور القاضي دعوى أخرى مناقضة للدعوى التي اقامها أثناء فصل تلك الدعوى فيكون ذلك تناقضاً منه.

كذلك إذا ثبت للقاضي بأن المدعي قد تكلم كلاماً في غير مجلس القاضي منافياً للدعوى التي أقامها أمامه فيكون ذلك تناقضاً أيضاً.

إلّا أنه يجب أن يكون الشخص الذي تكلم كلاماً مناقضاً لكلامه الآخر واحداً حقيقة أو حكماً كالوارث والمورث. أنظر المادة (١٦٥٢). أما لو قال شخص ذلك الكلام المتناقض وقال

الكلام الآخر شخص آخر فلا يتحقق التناقض مثلاً: لو قال المدعي ان هذا المال لي فليس للمدعى عليه أن يقول ان دعواك متناقضة. لأن والدك قد قال في المحل الفلاني ان هذا المال ليس لك بل هو لفلان.

سؤال: إن هذا التعريف منقوض من وجهين.

الوجه الأول: بما أنه قد ذكر في التعريف لفظ مناقض فهو مستلزم الدور ويتوقف معرفة التناقض على معرفة المناقض ومعرفة المناقض التناقض.

الجواب: يقصد من المناقض في التعريف معناه اللغوي وفي المعرف معناه الشرعي.

الوجه الثاني: قد ذكر في المادة (١٦٤٧) وما يتلوها من المواد بأن التناقض كما يكون بين كلامين يكون أيضاً كما هو مذكور في المادة (١٦٥٦) بين كلام وفعل. وذلك يكون بين كلام وسكوت والحاصل أن التناقض على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: بين كلامين

النوع الثاني: بين فعل وكلام

النوع الثالث: بين سكوت وكلام

فهذا التعريف يصدق على التناقض الواقع بين كلامين. لأن الدعوى وما سبق الدعوى كلاهما كلام وحيث إنه يوجد في التعريف لفظ كلام فالتناقض الذي يقع بين فعل وكلام أو بين سكوت وكلام يكون خارجاً عن هذا التعريف ولذلك يكون التعريف غير جامع لأفراده. مثلاً لو استشرى أحد مالاً ثم ادعى بعد ذلك المال كان تناقضاً وقد حصل هذا التناقض بالاستشراء الذي هو فعل وبين الدعوى التي هي كلام. كذلك لو باع أحد مالاً في حضور والده على كونه ملكاً له فلو ادعى بعد ذلك والده الذي سكت حين البيع كان تناقضاً وهذا التناقض حاصل بين السكوت والكلام.

الجواب ـ إن المجلة قد عرفت أشهر التناقض فعلى هذه الصورة لو عرف التناقض بأنه سبق شيء من المدعي مناف لدعواه لكان سالماً من الاعتراض.



الباب الأول

في شروط الدعوى وأحكامها ودفع الدعوى

ويحتوي على أربعة فصول

الفصل الأول

في بيان شروط صحة الدعوى

يجب على المدعي أن يكون عالماً قبلاً بشروط الدعوى ثم يدعي فلذلك للقاضي إذا وجد المدعي غير قادر على تصوير دعواه كما ينبغي أن يأمر أحداً بتعليمه الدعوى والخصومة (البحر) وستبين إيضاحات عن ذلك في كتاب القضاء.

شروط الدعوى تسعة وهي:

١ - أن يكون الطرفان عاقلين،

٢ - أن يكون المدعى عليه معلوماً،

٣ - أن يكون الخصم حاضراً،

٤ - أن يكون المدعى به معلوماً،

٥ - ألّا يتخذ الإقرار سبباً للملك،

٦ - أن تكون الدعوى محتملة الثبوت،

٧ - إمكان الحكم على المدعى عليه بشيء فيما إذا ثبتت الدعوى،

٨ - أن تكون الدعوى في مجلس القضاء،

٩ - أن لا يكون تناقض في الدعوى، وستفصل هذه الشروط فيما يأتي:

المادة(١٦١٦)- (يشترط أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين ودعوى المجنون والصبي غير المميز ليست بصحيحة إلّا أنه يصح أن يكون وصياهما أو ولياهما مدعيين أو مدعى عليهما).

يشترط في صحة الدعوى أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين. وعليه فدعوى المجنون والصبي الغير المميز. أي أن يكونا مدعيين ومدعى عليهما غير صحيح. أنظر المادة (٩٥٧).

فلذلك إذا كان هؤلاء مدعيين فلا يجبر المدعى عليه على إعطاء الجواب عن دعواهم.

كذلك لو أنكر المدعى عليه الدعوى فلا يجوز إثباتها ولو أقر المدعى عليه فلا يحكم لهما بموجب ذلك الإقرار. كما أنه ليس لأحد أن يقيم عليهما دعوى بدون حضور وليهما أو وصييهما أو يقيم شهوداً (الهندية).

مثلاً لو أحضر أحد صبياً للمحكمة وادعى أن هذا الصبي قد رمى حجراً فكسر زجاجه وطلب تضمينه كذا درهماً قيمة الزجاج المكسور فلا تسمع دعواه، إلّا أنه لوليهما أو وصييهما أن يكونا مدعيين أو مدعى عليهما بالنيابة عنهما وهذان قد ورد ذكرهما في المادة (٩٧٤) إلّا أن القاضي مستثنى إذ لا يجوز أن يكون شخص مدعياً وقاضياً معاً.

تبين التفصيلات الآتية في حق حضور الصبي أثناء المحاكمة عندما يكون وليه أو وصيه مدعياً أو مدعى عليه بالنيابة عنه وهو: إذا كان المدعى به حقاً قد حصل بمباشرة الصبي فيلزم حضور الصبي غير البالغ مع الولي والوصي أثناء المحاكمة.

مثلاً في دعوى أحد على صبي محجور كونه أتلف ماله يجب حضور ولي أو وصي ذلك الصبي كما يجب حضور الصبي للإشارة إليه حين الدعوى والشهادة للقول أثناء ذلك: إن هذا الصبي أتلف المال، فإذا أثبت المدّعي إتلاف الصبي للمال يؤمر الولي أو الوصي بأداء ذلك المال من مال الصبي كما هو مذكور في المادتين (٩١٦ و٩٦٠) ولا يلزم الولي أو الوصي ضمان ذلك من مالهما إلّا أنه حسب القول الصحيح لا يجب حضور الطفل الرضيع عند الدعوى (البحر).

أما إذا كان المدعى به غير حاصل بمباشرة الصبي كأن كان حاصلاً من مباشرة الولي أو الوصي مثلاً أو كان غير حاصل من مباشرة الصبيّ ومن مباشرة الوليّ أو الوصيّ معاً كأن يكون حاصلاً بمباشرة مورث الصغير فلا يشترط في ذلك حضور الصبيّ عند المحاكمة ويكون الوليّ أو الوصيّ خصماً لوحده (البحر).

مثلاً لو ادّعى الوصيّ في غياب الصبيّ قائلاً: إن هذا المال هو مال الصبيّ فلان الذي هو تحت وصايتي وهو ميراث له عن أبيه وأثبت ذلك صح. كذلك لو ادّعى مدع حقاً من الصغير في مواجهة الوليّ أو الوصيّ وأثبت دعواه كان جائزاً، ولا يحلف الأب في مال الصبيّ ولا الوصيّ في مال اليتيم ولا المتولي في مال الوقف (البحر).

ولا يشترط في صحة الدعوى أن يكون المدّعي والمدّعى عليه بالغين وعليه فدعوى الصبيّ المميّز المأذون بالتجارة أو المخاصمة. أي أن يكون مدّعياً ومدّعى عليه صحيحة كما أن يمينه ونكوله عن اليمين صحيحان أيضاً على القول المفتى به. وإن يكن أن الصبي العاقل لا يحنث بيمينه لكونه غير مكلّف إلّا أن الصبيّ يمتنع عن اليمين الكاذبة منعاً لزوال ثقة الناس منه في أموره التجارية وكذلك فإقراره في أمور التجارة صحيح. أنظر المادة (٩٧٢).

إلّا أن بعض الفقهاء قال بعدم توجه اليمين على الصبيّ المأذون لأنه لا يترتب على يمينه حنث

وأنه يجب على من يدّعي على الصبيّ المأذون أن يثبت دعواه بالبيّنة أو بالإقرار (الخانية والبحر).

وإذا كان الصبيّ المأذون مدّعياً أو مدّعى عليه فلا يشترط حضور الوليّ أو الوصيّ في دعواه إما إذا كان الصبيّ المميّز غير مأذون فلا تكون دعواه صحيحة (الدر المختار).

المادة (١٦١٧) - (يشترط أن يكون المدّعى عليه معلوماً بناء عليه إذا قال المدّعي: لي على أحد من أهل القرية الفلانية. أو على أناس من إهلها مقدار كذا بدون تعيين لا تصحّ دعواه ويلزم عليه تعيين المدّعى به).

يشترط في صحة الدّعوى أن يكون المدعى عليه معلوماً شخصه. لأن فائدة الدّعوى الإلزام والحكم فيما إذا ثبتت الدّعوى بأحد أسباب الحكم والحال إذا كان المدّعى عليه مجهولاً فلا يتحقق الإشهاد والإلزام ولا يوجد أحد يؤمر بين يؤدي حق المدّعى.

بناء عليه لو قال المدّعى: لي على أحد من أهل القرية الفلانيّة، أو على أناس من أهلها أو على أحد هذين الشّخصين مقدار كذا بدون تعيين لا تصحّ دعواه سواء أكان أهل تلك القرية قوماً محصورين أو غير محصورين ويجب على المدّعي تعيين ذات المدّعى عليه.

فلذلك لو ادّعى وليّ القتيل على خمسة أشخاص قائلاً: إن اثنين من هؤلاء قد أطلقا بندقية وأصابت إحدى الرصاصات مورثي وقد قتل من نتيجة ذلك. إلاّ أنني أجهل من منهما أطلق الرّصاص وأجهل رصاصة من الّتي أصابت المقتول فلا تسمع دعواه وشهوده على ذلك (التّنقيح).

ولكن لا يلزم المدّعي أن يكون عالماً باسم المدّعى عليه فلذلك لا تبطل دعوى المدّعي إذا لم يكن عالماً باسم المدّعى عليه (على أفندي).

ولا يشترط أن يكون المدّعى عليه واحداً فكما يجوز أن يكون المدّعى عليه واحداً يجوز أيضاً أن يكون متعدداً. فعليه لو ادّعى أحد على عشرة أشخاص قائلاً: إنّني أقرضت هؤلاء العشرة عشرة دنانير كانت دعواه صحيحة.

كذلك لو ادّعى أحد على مائة شخص قائلاً: إن كلاً منهم أخذ من بيدري حبة حنطة صحت دعواه كما هو مذكور في شرح المادة (٨٨١).

يوجد بعض دعاوى يكون المدّعى عليه عموم أهل القرية أو عموم أهل المدينة كما هو مذكور في المادة (١٦٤٤).

المادة (١٦١٨) - (يشترط حضور الخصم حين الدّعوى. وإذا امتنع المدّعى عليه من الحضور الى المحكمة أو إرسال وكيل عنه فالمعاملة الّتي تجري في حقّه ستذكر في كتاب القضاء).

يشترط حضور الخصم الأصيل حين الدّعوى والشّهادة والحكم أو وكيله أو وليّه أو وصيّه أو المتولي كما أنّه يشترط أن تكون الدّعوى في مجلس القضاء. واشتراط حضور الخصم حين الدّعوى والشّهادة. لأنّ الخصم إذا لم يكن حاضراً فلا يعلم هل يقرّ أو ينكر والحال أنّه يوجد فرق بين الحكم بناء على الإقرار وبين الحكم بناء على البيّنة. فالأوّل مقصور والثّاني متعدّ. كما أنّه لا يجوز الحكم على الغائب ما لم يكن نائبه حاضراً.

فلذلك لا تستمع الدّعوى والبيّنة إلّا بمواجهة الخصم الحاضر ولا يحكم على الغائب فعلى ذلك لو حكم القاضي بدعوى المدّعي بعد استماع بيّنته بدون حضور المدّعى عليه أو وكيله وأصدر إعلاماً بالحكم لا ينفّذ حكمه (علي أفندي والدّرّ المختار).

وقد ذكر في المادّة (الـ ١٨٣٠) أيضاً بأنّه يشترط حضور الخصم حين الحكم سواء أكانت الدّعوى متعلقة بحقوق العباد أو متعلقة بحقوق الله كالطّلاق إذ يشترط حضور الخصم في كليهما فلذلك إذا راجع شاهدان القاضي وشهدا بأن رجلاً طلّق زوجته بدون حضور ذلك الرّجل أو وكيله وحكم القاضي بالطّلاق فلا يصحّ حكمه ولا ينفّذ (على أفندي).

بما أنّ جلب المدّعى عليه للمحاكمة بمجرّد دعوى المدّعي أضرار بالمدّعى عليه فقد بيّن الفقهاء التفصيلات الآتية في هذا الباب وهي: إذا كانت دار المدّعى عليه قريبة من المحكمة بدرجة بها يمكن المدّعى عليه أن يرجع إلى بيته ليقضي ليله فيه قبل أن يفسد عشاؤه فيجلب المدّعى عليه بمجرّد الدّعوى أمّا إذا كانت داره غير قريبة بهذه الدرجة فعلى قول يجلب المدّعى عليه للمحاكمة بعد أن يقيم المدّعي البيّنة ويثبت دعواه فإذا لم يستطع ذلك فلا يجلب المدّعى عليه وهذه البيّنة هي لأجبار المدّعى عليه على الحضور وليس لأجل الحكم (الخانية).

وعلى قول آخر إنّ القاضي يحلف المدّعي اليمين بأنّه محقّ في دعواه فإذا حلف يجلب خصمه وإذا لم يحلف يخرج المدّعي من المحكمة (الدّرّ المختار والبحر).

أمّا أقرباء المدّعى عليه فلا ينوبون عن المدّعي بمجرّد كونهم أقرباءه وعليه فإذا كان لأحد دعوى على أمرأة تتعلّق بعرصة فليس للمدّعي جلب زوجها للمحكمة والمخاصمة معه في غياب زوجته وحال كونه غير وكيل عنها (على أفندي).

خصومة الحاضر عن الغائب ـ قيل (الخصم الأصيل) لأنّ الخصم الذي لم يكن مدّعى عليه أصلاً لا يشترط حضوره حين الدّعوى بل يحكم عليه في غيابه ويتفرّع عن ذلك المسائل الآتية:

أوّلاً: لو أمر أحد آخر قائلاً: أدّ ديني الّذي عليّ لفلان فادّعى المذكور بعد ذلك أداء ذلك الدين وطلب الرّجوع على الآمر فأنكر قائلاً: إنّني لم أكن مديناً كما أنّني لم آمر المدّعي بأن يؤدي ديناً عني كما أنّه لم يدفع لفلان فإذا أقام المأمور البيّنة في غياب الشّخص المذكور في مواجهة الآمر على الدّين وعلى الأمر بالأداء وعلى آراء الدّين تقبل ويحكم القاضي بجميع ذلك مع كون هذا الحكم يتضمن الحكم على الغائب.

ثانياً ـ إذا أدّى الكفيل بالأمر الدّين للمكفول له وغاب المكفول له بعد ذلك وراجع الكفيل المكفول عنه وادّعى الكفالة بالأمر والأداء وحق الرجوع وأنكر المكفول عنه الكفالة والأداء أو أقرّ بالكفالة وأنكر الأداء فإذا أثبت الكفيل بالبيّنة الكفالة ودفع المال فيثبت قبض الدّائن أيضاً ويلحق الحكم بذلك. حتى إذا كان الطالب والمكفول حاضراً وأنكر القبض فلا حكم له ويحكم بتلك البيّنة ببراءة ذمة المكفول عنه والكفيل يرجع على المكفول عنه (الخانية). أما إذا ادّعى بالكفالة المجرّدة ولم يدع بالكفالة بالأمر فليس له حق المراجعة. أنظر المادة (١٦٥٨) وشرحها.

ثانياً ـ لو ادّعى أحد على آخر قائلاً: قد كفل هذا الشخص جميع ما يطلب لي وما هو حق لي من فلان الغائب وأن لي في ذمة فلان الغائب كذا درهماً وأثبت ذلك يحكم على ذلك الشّخص كما أنه يحكم على الشخص الغائب سواء أكانت الكفالة بأمر أو كانت بلا أمر.

فلذلك إذا أراد أحد أن يثبت مطلوبه الّذي في ذمّة الغائب فالحيلة هي ما يأتي:

يكفل أحد ما في ذمة الغائب لذلك الشخص ثم بعد ذلك يقيم الدائن الدعوى على الكفيل قائلاً: إنّ له في ذمة الغائب كذا مبلغاً وإن هذا الشخص قد كفل الغائب على ذلك والمدعى عليه الكفيل يقر بكفالته إلاّ أنه ينكر دين الغائب فالمدعي يثبت حقه عند الغائب في مواجهة هذا الكفيل وبهذه البيّنة يحكم على الغائب ثم إن المدعي يبرئ الكفيل بعد ذلك ويبقى الدين على الغائب.

مستثنى ـ يستثنى كتاب القاضي من مسألة يشترط حضور المدعى عليه في الدعوى وهو يراجع المدعى قاضي مدينة ويدعى لديه بأن له في ذمة فلان المقيم في مدينة أخرى عشرين ديناراً وحيث إن شهوده موجودون في هذه المدينة طلب استماع شهادتهم وأن يحرر القاضي لقاضي تلك المدينة عن دعواه وعن استماع شهوده فلقاضي تلك المدينة أن يستمع تلك الدعوى والشهود وبعد التعديل والتزكية يحرر الكيفية لقاضي تلك البلدة ويقال لهذا الكتاب الكتاب الحكمي. يعطى تفصيلات عن ذلك في شرح كتاب القضاء.

فإذا امتنع المدعى عليه من المجيء إلى المحكمة بالذات أو إرسال وكيل عنه إليها فالمعاملة التي تجري في حقه ستذكر في المادة (١٨٣٤) من كتاب القضاء.

المادة (١٦١٩) ـ (يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ولا تصح الدعوى إذا كان مجهولاً)

لأنه إذا لم يكن المدعى به معلوماً لا يمكن الإشارة إليه والحكم به ولا يوجد شيء يمكن القول عنه أنه للمدعي (البحر).

وكيفية المعلومية مذكورة في المادة الآتية فلذلك إذا كان المدعى به مجهولاً لا تكون الدعوى صحيحة ولا يكون الخصم مجبوراً على إعطاء الجواب كما أنه لا تقام البيّنة على المدعى عليه المنكر ولا يحلف المدعى عليه.

يفهم من ذكر المدعى به في هذه المادة بصورة مطلقة بأنه يشمل المدعى به الذي في أصل الدعوى والمدعى به الوارد في الدفع ولذلك يجب أن يكون كلاهما معلوماً.

أمثلة من أصل الدعوى.

أولاً ـ لو ادّعى أحد قائلاً: إن هذا الرجل قد استهلك مالي فلا تصح دعواه ما لم يبيّن ما هو المستهلك وما مقداره ولا يكون له حق تحليف خصمه.

ثانياً ـ لو ادّعى أحد قائلاً: إن هذا الرجل شريكي وقد خانني في البيع والشراء ولا أعرف مقدار ما خانني به فليبينه المدعى عليه فلا تسمع دعواه.

ثالثاً ـ لو ادعى أحد قائلاً: إن هذا الرجل وصيي أثناء صغري فليحلف اليمين بأنه لم يأخذ ولم يسرق شيئاً من تركة والدي فلا تسمع دعواه ما لم يعين مدعاه، وحسب ما ذكر الخصاف أن للقاضي إذا اتهم وصي اليتيم أو قيم الوقف تحليفه اليمين نظراً للصغير ولو لم يدع عليه بشيء (الخانية).

رابعاً ـ لو طلب دائن المتوفي الذي توفي وديونه أزيد من تركته تحليف الورثة على كونهم لم يأخذوا أو يخفوا شيئاً من التركة لا يسمع (النتيجة).

خامساً ـ لو ادعى أحد قائلاً: قد سمعت أن فلاناً المتوفي قد أوصى لي ولكن لا أعرف مقدار ما أوصى لي به فلا تسمع.

مثال من المدافعة ـ لو قال المدعى عليه قد أديت مقداراً من ديني لا أعرف مقداره أو نسيته فلا يلتفت لهذا الدفع (الخانية).

مستثنيات ـ يستثنى خمس مسائل من أصل لزوم معلومية المدعى به:

١ - دعوى غصب المجهول.

٢ - دعوى رهن المجهول وسيرد ذكرهما في المادة (١٦٢١).

٣ - دعوى إقرار المجهول وقد ورد ذكرها في المادة (١٥٧٩).

مثلاً. لو ادعى أحد قائلاً: أن لي في ذمة هذا الرجل عشرة دنانير من جهة القرض حتى أنه قد أقر لي بأنه مدين لي بمقدار من الدين وأقام البيّنة على كونه قد أقر له بأنه مدين له بمقدار من الدين فيجبر المدعى عليه على بيان المقر به. لأن التجهيل واقع من جهته (البهجة).

٤ - دعوى إبراء المجهول إذ لا يجب أن يكون الحق المبرأ والمسقط معلوماً كما بين في شرح المادة (١٥٦٧).

٥ - دعوى الوصية المجهولة وهي: لو ادعى المدعي قائلاً: قد أوصى لي المتوفي فلان بجزء من ماله الفلاني أو بسهم منه ولم يبين مقدار ذلك الجزء أو السهم فاطلب من الورثة أن يبينوه وأن يؤدوه لي فدعواه صحيحة وعند إثباته ذلك يجب على الورثة أن يبينوا ذلك الجزء أو السهم. لأن الوصية لا تبطل بالجهالة وبما أن الورثة يقومون مقام الموصي فيعود عليهم بيان المجهول (الدر المختار ورد المحتار في الوصايا).

المادة (١٦٢٠) - (معلومية المدعى به تكون بالإشارة أو الوصف والتعريف وهو إذا كان عيناً منقولاً وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالإشارة إليه كافية وإذا لم يكن حاضراً يكون معلوماً بوصفه وتعريفه وبيان قيمته وإذا كان عقاراً يعين ببيان حدوده وإذا كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره).

معلومية المدعى به (أولاً) تكون بالإشارة (ثانياً) أو بالوصف والتعريف.

والتعريف بالإشارة يكون صحيحاً في تعريف كل نوع من المدعى به الموجود سواء أكان المدعى به عيناً منقولاً أو كان عقاراً. والوصف والتعريف يكون في المدعى به الغائب وغير الموجود.

ويقال في التعريف: عرفه أي علمه وتختلف صور التعريف باختلاف المدعى به إذ إن المدعى به إذا كان عقاراً يحصل التعريف ببيان حدود حسب ما جاء في المادة (١٦٢٣). وإذا كان غير عقار فيعرف ببيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره.

فلذلك إذا كان المدعى به عيناً منقولاً وحاضراً في مجلس المحاكمة فيكفي لتعريفه حين الدعوى والشهادة وكذا حين اليمين. الإشارة إليه باليد ولا يحتاج إلى توصيف أو تعريف آخر. لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف. أنظر شرح المادة (٦٥).

أما إذا لم يشر إليه باليد وأشير إليه بالرأس وقصد بتلك الإشارة العين المدعى بها وكان معلوماً بأن الإشارة موجهة إليها فيكفي وإلّا فلا (الخانية).

إذا كان عين المنقول غير حاضرة في مجلس المحاكمة وممكن جلبها بلا مصرف فتحضر ويشار إليها باليد على ذلك الوجه أنظر المادة الآتية وإذا كان المدعى به غير حاضر مجلس المحاكمة كما أنه غير ممكن إحضاره إلى ذلك المجلس يعلم بوصفه وتعريفه وببيان قيمته.

وبيان وصفه وتعريفه وبيان قيمته أي لزوم اجتماع الثلاثة هو: إذا كان المدعى به قائماً وموجوداً وطلب المدعي أخذه عيناً فيجب تعريفه وتوصيفه مع بيان قيمته.

أما إذا كان المدعى به مستهلكاً وطلب قيمته فيكفي ذكر القيمة (التنوير).

لا يكفي في صحة الدعوى المعلومية بالوصف والتعريف وبيان القيمة في كل نوع من المدعى به إلّا أن بعض الدعاوى كدعوى الإيداع يجب فيها بيان مكان الإيداع فلذلك يجب إعطاء التفصيلات المقتضية حسب نوع الدعوى (البحر).

دعوى القرض - يجب فيها بيان مكان القرض أنظر المادة (١١١٣). كذلك يجب بيان صفة المقروض وبيان بأن المقرض قد أقرض من ماله لأنه يجوز أن يكون المدعي وكيلاً بالإقراض والوكيل بالإقراض هو سفير فليس له حق المطالبة (البحر) أنظر المادة (١٤٦٠).

دعوى سوم الشراء - لو ادعى المدعي بأن المدعى عليه قد أخذ منه كذا مالاً بطريق سوم

الشراء وطلب إعادته عيناً إذا كان موجوداً وبدلاً إذا كان مستهلكاً فلا تصح دعواه ما لم يبين بأنه قد سمى كذا درهماً ثمناً وأخذه على طريق سوم الشراء. أنظر المادة (٢٩٨) (الهندية).

دعوى ثمن المبيع بسبب إجازة بيع الفضولي ـ لو ادعى المدعي قائلاً: إن هذا الرجل قد باع المال الفلاني الذي هو مشترك بيني وبينه وأنه قد أجاز البيع في ذلك وطلب منه أداء نصف ثمن المبيع فيجب أن يذكر:

أولاً ـ وجود المبيع في يد المشتري وقت الإجازة.

ثانياً ـ رواج الثمن وقت الإجازة حيث إنه إذا كان الثمن كاسداً وقت الإجازة فلا فائدة في إجازة العقد.

ثالثاً ـ أن يذكر أن البائع الفضولي قد قبض الثمن لأن الإجازة توكيل ابتداء والوكيل بالبيع لا يطالب بالثمن قبل قبضه الثمن من المشتري. أنظر المادة (١٥٠٣).

أما إذا كان المبيع مشتركاً بينهما بشركة العقد فلا يشترط قيام المبيع وقت الإجازة لأن العقد قد نفذ حال وجوده إلّا أن قبض الثمن شرط أيضاً لتصح مطالبته بنصف الثمن.

دعوى الشراء ـ لو ادعى المدعي قائلاً: اشتريت هذا المال من فلان (شخص غير المدعى عليه) وهو ملكي فيسأل هل ثمن المبيع معجل أو مؤجل فإذا كان معجلاً فإن أدى ثمن المبيع كاملاً للبائع أو أن البائع قد أذنه بقبض المبيع تسمع دعواه ولدى الثبوت يؤمر بتسليم المدعى به للمدعي. أما إذا كان الثمن معجلاً ولم يؤده للبائع كما أن البائع لم يأذن المشتري بقبض المبيع فتسمع دعواه إلّا أنه لا يؤمر بتسليم المدعى به إلى المدعي. أنظر المادة (٢٧٨). (الأنقروي)[1].

أما إذا ادعى الاشتراء من المدعى عليه فهو مجبور لإثبات عقد الشراء وقال بعض العلماء بأنه يجب على المدعي أن يقول في دعواه هذه أن المدعى عليه (قد باعني ذلك المال وهو مالك له).

دعوى السلم ـ يجب بيان وذكر شرائط السلم في دعوى كذا كيلة من جهة السلم. مثلاً يجب إيضاح مكان تسليم المسلم فيه الذي شرط حين عقد السلم إلا أنه يجب على القاضي أن يحكم بتسليمه في ذلك المحل بناء عليه لا تصح دعوى تسليم كذا كيلة حنطة من السلم الصحيح بدون ذكر شرائط لأن القاعدة أن كل سبب له شرائط كثيرة يجب بيان تلك الشرائط.

أما إذا ادعى قائلاً: إنه يدعي بسبب البيع الصحيح الذي جرى بينهما تصح الدعوى إلا أنه يجب بيان شرائط السلم الذي شرائطه قليلة (رد المحتار والفصولين والبحر).

---

(١) ادعى شيئاً بسبب الشراء أن أدعاه من صاحب اليد يحتاج إلى إثبات العقد فحسب. وذكر في الجامع أنه يشترط أيضاً والبائع يملكه وإن ادعاه من غيره لا تصح حتى يذكر أحد الأشياء الثلاثة. إثبات الملك لبائعه وقت العقد أو إثبات الملك لنفسه في الحال أو إثبات القبض والتسليم ولا بد من ذكر قبض الثمن (البزازية).

دعوى الكفالة ـ لا يجب عند أبي يوسف في دعوى الدين بسبب الكفالة بيان قبول المكفول له الكفالة في مجلس العقد. أنظر المادة (٦٣١) وشرحها إلا أنه يجب بيان سبب نشأة المال المكفول. لأنه يوجد بعض كفالات غير جائزة كالكفالة بمال الكتابة والكفالة بالدية على العاقلة والكفالة على نفقة المرأة بدون ذكر مدة معلومة فلذلك يجب تدقيق ذلك (البحر).

دعوى المال بسبب التصرفات: إذا ادعى مالاً بسبب التصرفات الشرعية كالبيع والإجارة فيجب على المدعي أن يبين أن التصرف المذكور قد حصل طوعاً وحال نفاذ التصرف حتى تصح دعواه لأنه يحتمل أن يكون وقع اكراهاً (الهندية). مثلاً يجب على المدعي أن يقول في دعواه إن المدعى عليه قد باعني هذا المال طائعاً وراغباً حال نفاذ تصرفه بكذا مبلغاً (البحر).

دعوى التمليك ـ يجب لصحة دعوى التمليك بيان هل كان التمليك المذكور بعوض أو بغير عوض، (الهندية).

دعوى الاسترداد بسبب فساد البيع ـ يجب في تلك الصورة الاستفسار من المدعي عن سبب الفساد لأنه من الجائز أن المدعي يظن البيع الصحيح فاسداً (جامع الفصولين).

دعوى الوديعة والأمانة ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: قد سلمت هذا الرجل ساعة وديعة فيجب أن يقول في دعواه أنه إذا كانت الأمانة المذكورة موجودة فليخلها المدعى عليه لأنه لا يجبر المدعى عليه على جلبها إلى مجلس المحاكمة بل يؤمر المدعى عليه بأن يعطيها للمدعي ليحضرها لمجلس المحاكمة. أنظر المادة (٧٩٧).

ويجب بيان مكان الايداع في مثل هذه الدعوى سواء كانت الوديعة محتاجة للحمل والمؤونة أو لم تكن لأنه يعتبر مكان الايداع في إعادة الوديعة حسب ما جاء في المادة (٧٦٧). ولأجل أن يحكم القاضي بإعادتها في مكان الايداع يجب بيان مكان الايداع (التنوير وشرحه).

دعوى الأمانة الهالكة ـ إذا أنكر المستودع الوديعة فيجب أن يبين هلال الوديعة في يد المستودع أنظر المادة (٧٩٤) كذلك يجب في دعوى الوديعة المستهلكة بيان أن المستودع قد استهلك الوديعة (الهندية). لأنه إذا استهلكت الوديعة التي في يد المستودع من طرف آخر كابن المستودع مثلاً فالضمان يلزم عليه كما هو مذكور في شرح المادة (٧٧٨).

دعوى الوفاة مجهلا الوديعة ـ في دعوى أن المستودع توفي مجهلا الوديعة يجب بيان قيمة الوديعة أيام وفاة المستودع (الفصوليين) أنظر شرح المادة (٨٠١).

دعوى القطن ـ إذا ادعى المدعي قطنا يجب بيان القطن من محصول أي بلاد. أي يجب على المدعي أن يقول في دعواه أنه قطن مصر أو قطن العراق أو قطن الهند. ولا يجب أن يذكر في الدعوى مقدار ما يحصل من القطن المندوف من كل رطل منه (الهندية).

دعوى الرهن ـ إذا ادعى الراهن تسليم المرهون مع بيان أنه فك الرهن تصح دعواه. لأن رد مؤونة المرهون للراهن هي على المرتهن كالمستعير (الهندية ملخصاً).

دعوى الغصب - في دعوى استرداد المغصوب عينا الموجود في يد الغاصب يجب بيان مكان الغصب فيها إذا كان المغصوب محتاجاً للحمل والمؤونة أنظر مادة (٨٩٠). أما إذا كان غير محتاج للحمل والمؤونة فلا يلزم بيان مكان الغصب. لأنه كما وضح في شرح المادة (٨٩٠) بأن المغصوب الذي لا يحتاج لمصاريف النقل كالدراهم والدنانير يسلم في أي محل وجد فيه وليس للمغصوب منه الامتناع عن الأخذ. فلذلك اذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا الرجل قد غصب مني عشرين كيلة حنطة بدون أن يبين مكان الغصب فلا تسمع دعواه.

كذلك إذا كان المغصوب من القيميات فيجب بيان قيمته يوم الغصب (التنوير وشرحه للعلائي والتكملة).

دعوى بدل المغصوب الهالك - إذا ادعى بدل المغصوب الهالك فيجب بيان ما هو المغصوب ليعلم هل هو من المثليات أو من القيميات. لأنه إذا كان المغصوب من المثليات يحكم باعطاء مثله وإذا كان من القيميات يحكم **بإعطاء** قيمته يوم الغصب. أنظر المادة (٨٩١) (التنوير ورد المحتار وحاشية البحر).

هل يجب بيان يوم الاتلاف إذا اتلف الغاصب المال المغصوب بعد أن أبقاه مدة في يده؟ أنظر شرح المادة (٧٩١).

إذا ادعى المدعي قائلاً: إن المدعى عليه قد غصب مني هذه الفرس ولم يقل في دعواه أنها ملكه فدعواه صحيحة وإذا شهدت الشهود الذين اقامهم أن المدعى عليه قد غصب تلك الفرس من المدعي فيحكم القاضي بأن تلك الفرس ملك للمدعي (الهندية في متفرقات الدعوى).

دعوى استهلاك الأعيان - يجب في هذه الدعوى بيان ما هي الأعيان المذكورة وبيان موضع الاستهلاك وقيمتها وقت الاستهلاك. لأن البعض من الأعيان قيمي والبعض منها مثلي (ابن عابدين على البحر).

وحيث أنه يجب تسليم المغصوب للمدعي في المكان الذي غصب فيه المغصوب والذي استهلك فيه فيجب حين الدعوى بيان ذلك المكان (البحر).

ففي هذه الصورة لو ادعى ورثة المتوفي على دائن المتوفي قائلين: ان المتوفي قد اودعك وسلمك في حياته كذا أشياء ثم أن الوصي فلاناً الذيَ نصبه المتوفي لاداء ديونه قد باع تلك الأشياء مقابل دينه بنقصان فاحش عن الثمن المثلي وأنك قد استهلكت تلك الأموال فاضمنها فيجب في هذه الدعوى بيان أنواع وأجناس وأوصاف تلك الأشياء وبيان قيمتها حين البيع وإلا فلا تسمع دعواهم (البهجة).

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: قد غصبت من نقودي الغالبة الغش مقدار كذا فإذا كانت تلك النقود منقطعة وقت الدعوى أي غير رائجة فيجب دعوى قيمتها، وعند الإمام الأعظم يجب بيان قيمتها وقت الدعوى والخصومة وعند الإمام أبي يوسف يجب بيان قيمتها وقت الغصب وعند

الإمام محمد يجب بيان قيمتها يوم الانقطاع. أنظر شرح المادة (٨٩١). ففي هذه الصورة لو ادعى المدعي في فصل الشتاء قائلاً: إن هذا الرجل قد غصب مني كذا رطلاً من الثلج في فصل الصيف فاطلب الثلج منه فلا تسمع دعواه. لأن الثلج منقطع المثل في زمن الطلب بل له أن يطالب بقيمته يوم الخصومة.

دعوى البيع إكراهاً ـ في دعوى المدعي استرداد المبيع بسبب بيعه مكرهاً يجب بيان بأنه باع مكرهاً وأنه سلم مكرهاً وأنه فسخ البيع بسبب حق الفسخ الثابت له. لأنه إذا سلم البائع طوعاً في البيع الواقع باكراه يصح البيع ويكون لازماً كما هو مذكور في المادة (١٠٠٦). كذلك إذا قبض المدعي ثمن المبيع فيجب أن يذكر بأنه قبض الثمن مكرهاً أيضاً ولا يجب في دعوى البيع مكرها ذكر من هو المجبر كما لو ادعى مالاً بسبب السعاية لا حاجة إلى تعيين العنوان وهو الأصح (الهندية وجامع الفصوليين).

وإذا ادعى المكره بأن هذا المال ملكي وأن المشتري واضع اليد عليه بغير حق فلا يصح. لأنه إذا اتصل القبض في البيع المكره يثبت الملك في المبيع.

دعوى التجهيل في مال الشركة ـ إذا ادعى المدعي في مواجهة وارث المتوفي قائلاً: (إن مورثك قد توفي مجهلاً مال الشركة فاطلب تضمينه حسب المادة (١٣٥٥) فيجب بيان هل أن التجهيل واقع في رأس مال الشركة أو في المال الذي اشترى برأس مال الشركة. لأنه لما كان رأس مال الشركة نقوداً فهو مضمون بمثله. أنظر المادتين(١٣٣٨و ١٤٠).

أما المال المأخوذ برأس مال الشركة فهو إذا كان من القيميات فمضمون بقيمته وإذا كان من المثليات فمضمون بمثله فلذلك يجب إيضاح ذلك.

كذلك في دعوى تضمين مال المضاربة بسبب وفاة المضارب مجهلاً يجب بيان مال المضاربة وقت الوفاة هل هو نقد أو عروض. لأنه إذا كان نقداً فله أخذ مثله وإذا كان عروضاً فله أخذ قيمته (جامع الفصولين).

والحكم على هذا المنوال في دعوى البضاعة (جامع الفصولين).

دعوى التخارج ـ يجب في دعوى التخارج بيان أنواع التركة والامتعة والحيوانات والعقارات وتحديدها حتى يعلم أن الصلح الذي وقع لم يكن زائداً عن حصة الوارث المخرج. لأنه إذا أتلف بعض الورثة التركة وتصالح الورثة غير المتلفين على شيء أزيد من قيمة المتلفات فالصلح غير صحيح على قول بعض الفقهاء كما في الغصب إذا استهلكوا الأعيان وصالحوا (البحر).

دعوى القسمة ـ إذا كان المدعي به هو النصيب الذي خصه حين القسمة يجب بيان هل أن القسمة كانت رضاء أو قضاءً (الفصولين والبحر).

دعوى غرس الغير أو بنائه في عرصته غصباً ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المدعى عليه قد أحدث في عرصتي بناء أو غرس أشجاراً فيجب بيان تلك العرصة كما أنه يلزم بيان طول البناء

وعرضه وهل هو بناء أخشاب أو بناء حجر. فبعد بيان ذلك إذا أقر المدعى عليه يؤمر برفع البناء والأشجار وإذا أنكر بأنه بنى أو غرس ولم يستطع المدعي الإثبات فيحلف بأنه لم ينشئ في أرض المدعي ذلك البناء أو يغرس تلك الأشجار وإذا نكل عن اليمين يؤمر برفعه (الهندية والبزازية).

دعوى شق النهر ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: إن المدعى عليه قد حفر أرضي واسال الماء إلى أرضه فيجب بيان الأرض المشقوقة كما أنه يلزم بيان موضع النهر أي هل هو في أيمن المشقوق أو في أيسره وطول النهر وعرضه وعمقه فإذا بين المدعي هذه الأمور. فإذا أقر المدعى عليه أو أثبت المدعي يجري الإيجاب وإذا أنكر يحلف المدعى عليه بأنه لم يحدث نهراً في الأرض التي بينها المدعي.

دعوى مسيل الماء ـ إذا ادعى أحد أن لي في دار فلان حق المسيل فيجب بيان هل هو مسيل ماء المطر أو مسيل القاذورات وهل المسيل في مقدم الدار أو في مؤخرها.

دعوى الطريق ـ إذا ادعى أحد أن له حق الطريق في دار آخر فإذا لم يبين موضع الطريق أي هل هي في مقدم الدار أو مؤخرها ويحدد ذلك فالدعوى والشهادة مقبولان على رواية. لأن منع قبول الشهادة للجهالة هو في حالة تعذر القضاء والحكم مع الجهالة وليس متعذراً ذلك في هذه لأن الباب الخارجي المسمى بالباب الأعظم يحكم في تعيين مقدار الطريق (الهندية) وأن من يدعي الطريق أو حق المرور يجب عليه إثبات مدعاه لأن وجود باب في حائط المدعي لا يكفي وحده لإثبات المدعى كما أن شهادة الشهود بقولهم إن هذا المدعي كان يمر من دار المدعى عليه غير مقبولة (الهندية والخالية). أنظر شرح المادة (١٢٢٥).

دعوى نقض الحائط ـ يجب في هذه الدعوى بيان طول الحائط وعرضها فعليه لو ادعى المدعي قائلاً: إن المدعى عليه قد هدم حائط بستاني فيجب عليه بيان طول وعرض الحائط.

دعوى الموزونات ـ يجب في دعوى الموزونات بيان الوزن فعليه لو ادعى المدعي بحمل رمان أو سفرجل فيجب عليه بيان كم رطلاً كان الرمان أو السفرجل وهل كان الرمان حلواً أو حامضاً صغيراً أو كبيراً (الهندية).

دعوى المكيلات ـ يجب في هذه الدعوى بيان الجنس والنوع والوصف والقدر (البحر) مثلاً: إذا كان المدعى به حنطة فيجب بيان أنه حنطة. أي جنسه وكذا كيلة أي قدره مع بيان الكيلة. كيلة أي بلد: لأن الكيلات تختلف باختلاف البلدان (رد المحتار).

دعوى الحيوان ـ يجب في دعوى الحيوان بيان لونه وسنه وهل هو ذكر أم أنثى على رأي بعض الفقهاء وقال بعضهم بعدم لزوم بيان اللون والعلامات فلذلك إذا بين المدعي بعض علامات للحيوان الذي ادعاه وشهد للشهود على ذلك الوجه ثم أحضر الحيوان بعد الشهادة وظهر أن بعض علاماته مخالفة لما ذكره هؤلاء. مثلاً لو قال المدعي والشهود ان الحيوان مشقوق الأذن فظهر بأنه غير مشقوق الأذن لا يوجب ذلك بطلان الدعوى والشهادة. (الهندية ورد المحتار).

دعوى العقار ـ إذا كان المدعى به عقاراً فيجب بيان حدوده على الوجه المبين في المادة

(١٦٢٣) فعلى هذه الصورة لو ادعى متولي وقف على متولي وقف آخر قائلاً: إن مقدار من العرصة التي تحت يد المتولي المدعى عليه هي من وقف الواقف الذي تحت توليتي فلا تسمع دعواه إذا لم يعين ويحدد مدعاه (البهجة).

دعوى الدين ـ إذا كان المدعى به ديناً يجب بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره وتفصيل ذلك مذكور في المادة (١٦٢٧). وإذا كان الدين المدعى به عيناً فيجب بيان قدره ونوعه ووصفه فلذلك يجب أن يقول في دعواه كذا رطلاً من عنب السلط أو كذا رطلاً من عنب دمشق كما أنه يجب بيان هل هو من النوع الجيد أو الأوسط.

كذلك إذا كان الدين المدعى به عنباً في غير موسمه أي أنه أدعاه في وقت كان العنب منقطعاً في الأسواق فيسأله القاضي ماذا يطلب فإذا طلب مثل العنب فلا ينظر القاضي إلى دعواه وإذا طلب قيمته يسأله القاضي عن سبب الدين لأن الدين المذكور إذا كان ثمن مبيع ينفسخ البيع بسبب انقطاع الثمن من أيادي الناس وإذا كان سلماً أو بسبب الاستهلاك أو بسبب القرض فيأخذ المدعي قيمته إذا لم ينتظر موسم العنب الآتي وإذا كان الدين المدعى به من العنب مثلاً كأن يدعى المدعي أن لي في ذمة المدعى عليه خمسين رطلاً عنباً زينياً وعشرين رطلاً عنباً سلطياً، فيجب على المدعي أن يبين نوع كل منهما ومقداره. بأن يقول إن لي في ذمة المدعى عليه خمسين رطلاً عنباً زينياً وعشرين رطلاً سلطياً الهندية) وسيتضح ذلك أيضاً في المواد الآتية.

المادة (١٦٢١) ـ (إذا كان المدعى به عيناً منقولاً وحاضراً بالمجلس فيدعيه المدعي بقوله هذا لي مشيراً إليه بيده وهذا الرجل قد وضع يده عليه بغير حق فاطلب أخذه منه وإن لم يكن حاضراً بالمجلس ولكن يمكن جلبه وإحضاره بلا مصرف يجلب إلى مجلس الحكم ليشار إليه في اليمين والشهادة كما ذكر وإن لم يكن إحضاره ممكناً بلا مصرف عرفه المدعي وبين قيمته ولكن لا يلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلاً لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وإن لم يبين قيمته أو قال لا أعرف قيمته).

إذا كان المدعى به منقولاً، ويحترز بذلك من الهالك؛ وفيه ثلاثة أوجه:

الوجه الأول ـ أن تكون العين المذكورة حاضرة بالمجلس فعليه إذا أوجدت العين المدعى بها في مجلس المحاكمة فيدعيها المدعي بقوله هذه لي أو لموكلي فلان أو للقاصر فلان الذي أنا وليه أو وصيه[١] مشيراً إليها بيده وقائلاً إن هذا الرجل قد وضع يده عليها بغير حق فاطلب أخذها منه. يعني أنه يجب الإشارة على هذا الوجه حين الدعوى وحين الشهادة وحين الاستحلاف وحيث إن الإشارة هي أبلغ التعريف فلا حاجة للتعريف بصورة أخرى ببيان الجنس أو النوع (البحر).

(١) وبهذا يضاف الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه ويشار بذلك إلى ركن الدعوى.

مثلاً إذا ادعى المدعي العنب الموجود فيكفي أن يقول في دعواه هذا العنب ولا يلزم بيان نوعه ووصفه ووزنه. كذلك إذا ادعى المدعي الحديد المشار إليه وبين أن وزنه عشرة أرطال فظهر أنه ثمانية أرطال فالدعوى مسموعة والشهادة مقبولة. لأن الوزن لغو في المشار إليه أما إذا لم يكن المدعى به عيناً بل بدل منقولات متلفة: فإذا كانت من القيميات فيكفي بيان قيمتها ولا حاجة لتعريفها وتوصيفها حيث إنه لا فائدة من التعريف والتوصيف بلا ذكر القيمة كما أنه بعد ذكر القيمة لا يبقى حاجة للتعريف والتوصيف. حتى في دعوى مزقت ثيابي أو جرحت فرسي فأطلب كذا درهماً نقصان قيمتها فلا حاجة لجلب الثياب أو الفرس للمجلس. لأن المدعى به هو في الحقيقة جزء فائت من الثوب أو الفرس (الهندية والبزازية ورد المحتار).

مشيراً إليه بيده ـ أما أذا لم يشر إليه بيده بل أشار إليه برأسه فهم من تلك الإشارة أنه مقصود بها العين المدعى بها كان ذلك كافياً وإلّا فلا (الهندية) أنظر شرح المادة (١٦٢٠).

قد وضع يده بغير حق ـ يلزم اذكر هذه العبارة في دعوى الملك حيث يحتمل أن يكون المدعى به في يد المدعى عليه بحق بأن يكون محبوساً بالثمن حسب المادة (٢٧٨) أو مرهوناً فلذلك يجب إزالة هذه الاحتمالات. أما في دعوى الضمان فلا يلزم ذكر هذه العبارة وكذا دون دعوى الشراء (ابن عابدين على البحر).

كذلك لا يشترط في الشهادة على المنقول ذكر عبارة وضع يده عليه بغير حق فعليه لو شهد الشهود بأن هذا المنقول ملك للمدعي تقبل شهادتهم ولا يشترط على القول الأصح ذكر عبارة وضع يده بغير حق حين الدعوى والشهادة (البحر).

فاطلب أخذه منه ـ يجب ذكر هذه العبارة سواء أكان المدعى به عيناً كما هو في هذه المادة أو كان ديناً وسواء أكان منقولاً أو كان عقاراً لأن قول المدعي في حضور القاضي أن المدعى به ملكه يحتمل أن يكون على سبيل الحكاية فلذلك يجب إزالة هذا الاحتمال بالطلب المذكور (الزيلعي في الدعوى).

فعليه لو ادعى المدعي قائلاً: إن لي في ذمة فلان كذا عشرة دنانير فلا تقبل دعواه ما لم يقل إنني أطلب أخذها منه أما القهستاني فيقول بأنه تجوز الدعوى ولو لم يقل المدعي أطلب أخذها منه وقد ذكر بأن هو هذا فعلى ذلك فذكر ذلك في المجلة لم يكن قيداً احترازياً (رد المحتار والبحر والتكملة).

الوجه الثاني ـ أن يكون عين المنقول المدعى به غير حاضر في مجلس المحاكمة فلذلك إذا كان عين المنقول غير حاضر في المجلس وكان موجوداً في يد الخصم وممكناً جلبه وإحضاره إلى المجلس بدون مصرف وكان المدعى عليه منكراً أن المدعى به ملك للمدعي فيجلب إلى مجلس الحكم ليشير إليه المدعي بيده حين الدعوى والشهود حين الشهادة أو المدعى عليه أثناء اليمين بأنه يكتفي بالعين المدعى بها الممكن إحضارها والإشارة باليد إليها بعد الأحضار. لان الأشارة أبلغ في التعريف.

والمدعى به القابل جلبه وإحضاره بدون مصرف هو كالمسك والعنبر والزعفران القليل والساعة والخاتم. وإذا أحضر المدعى عليه عيناً فإذا صدق المدعي بأنها العين المدعى فيها. وألّا يجبر على إحضار عين أخرى وهذا الجبر يمتد إلى حين تصديق المدعي فإذا ظهر عجز المدعى عليه عن إحضار تلك العين فإذا أثبت المدعي دعواه يحكم ببدلها أما إذا كان المدعى عليه مقراً بأن المدعى به ملك للمدعي فلا يلزم إحضاره إلى المجلس بل يؤمر المدعي برده «الهندية والبحر والخانية».

مثلاً لو قال المدعى عليه إن الساعة التي يدعيها المدعي هي في يدي وهي ملك المدعي فلا حاجة لجلب الساعة إلى مجلس المحاكمة بل يؤمر المدعى عليه بإعطاء تلك الساعة إلى المدعي.

قيل إذا كان موجوداً في يد الخصم. لأنه إذا كان المدعى به غائباً وكان مكانه غير معلوم وغير ممكن إحضاره فالمدعي يعرف ويبين قيمته (رد المحتار). أنظر شرح المادة (١٦٢٠) فإذا أقر المدعى عليه بأن المدعى به موجود في يده فيلزم عليه أن يحضره إلى مجلس المحاكمة على الوجه المشروح. أما إذا قال المدعي بأن المدعى به المنقول في يد المدعى عليه وطلب جلبه إلى مجلس المحاكمة للإشارة إليه أثناء الدعوى والشهادة وأنكر المدعى عليه وجوده في يده وأقام المدعي البيّنة بأن المدعى به كان موجوداً قبل هذا التاريخ بسنة في يد المدعى عليه فعند بعض الفقهاء يقبل هذا الإثبات ويجبر المدعى عليه على جلب المدعى به أنظر المادة (١٠) ما لم يثبت بأن المدعى به قد هلك بعد التاريخ المذكور أو أنه بيع لآخر وسلم له أو أنه خرج من يد المدعى عليه بأحدى الصور ففي تلك لا يجبر المدعى عليه على الإحضار بهذا الإثبات وعند بعض الفقهاء لا يجبر المدعى عليه على الإحضار لأن هذا الإثبات استصحاب والاستصحاب حجة في الدفع وليس حجة في الإثبات أنظر شرح المادة (١٠) (ابن عابدين على البحر).

يجلب إلى مجلس الحاكم: بما أن المدعى عليه هو ذو اليد فيلزم عليه إحضار المدعى به إلى المجلس إلّا أنه إذا كان المدعى عليه مستودعاً فلا يجبر على احضاره للمجلس بل يؤمر بأن يسلمه للمودع لكي يوصله المودع إلى المجلس (رد المحتار) أنظر المادة (٤٩٤) وشرح المادة (١٦٢).

مثلاً لو ادعى المدعي قائلاً إنني سلمت هذا المدعى عليه دبوس ألماس وإن هذا المدعى عليه قد استلمه بلا أمر مني وطرأ عليه نقصان قيمته كذا مبلغاً فاطلب استرداده واطلب تضمينه نقصان القيمة واطلب إحضاره للمجلس فالإحضار يكون على المدعي والتمكين على الإحضار يكون على المدعى عليه.

الوجه الثالث ـ أن يكون المدعى به غير حاضر بالمجلس وغير ممكن إحضاره بلا مصرف كصبرة حنطة أو مخزن ذرة فعليه إذا كان عين المنقول المدعى به غير ممكن جلبه بدون مصرف قليلاً كان أو كثيراً فعند بعض الفقهاء لا يجبر المدعى عليه على جلب العين المنقولة المحتاج جلبها إلى مصرف بل إن المدعي يعرفها ويوصفها ويبين قيمتها إذا كانت من القيميات. والمحتاج للحمل والمؤونة هو على قول المال الغير ممكن نقله مجاناً إلى مجلس المحاكمة والذي يتوقف نقله على أجرة

كعشر كيلات حنطة أو شعيراً وعلى قول آخر هو المال الذي لا يمكن نقله إلى مجلس المحاكمة بيد واحدة (البحر).

الأشياء التي لا يمكن نقلها:
أولاً - الأشياء التي تحتاج للحمل والمؤونة كما ذكر آنفاً.
ثانياً - المدعى به الهالك.
ثالثاً - المدعى به الغير معلوم مكانه ووجوده وعدمه ففي هذه الصورة لو ادعى المدعي للمدعى عليه: أودعتك أسورة ولم يبين وصف الأسورة وجنسها وقيمتها ومقدارها وأنكر المدعى عليه فلا تسمع دعوى المدعي.

وعند بعض الفقهاء أنه في دعوى المنقولات الموجودة والمحتاج نقلها لمصرف يذهب الحاكم بالذات إلى المحل الموجود فيه المنقول أو يرسل نائبه (إذا كان مأذوناً بنصب نائب) لأجل التأشير إليه في الدعوى والشهادة ولا يكتفي بذكر القيمة فلذلك إذا كان المدعى به فرساً أو بعيراً مما لا يمكن إدخاله إلى غرفة المحاكمة يجلب إلى ساحة المحكمة ويخرج القاضي أو نائبه إلى الساحة ويستمع الدعوى والشهادة ويرى أن المجلة قد قبلت القول الأول (البحر والخانية). ومع ذلك لو فصل القاضي الدعوى حسب القول الثاني فحكمه صحيح ومعتبر.

وإذا عرف المدعي المدعى به على الوجه الثالث المار ذكره ثم أحضر المدعى به وظهر أن بعض الأوصاف التي ذكرها المدعي مخالفة لأوصاف المدعى به فإذا كانت تلك الأوصاف مما لا يحتمل تبدلها وتغيرها في تلك المدة ينظر: فإذا ترك المدعي دعواه الأولى وأدعى ثانية فتسمع الدعوى باعتبارها دعوى جديدة وإذا بقي على دعواه الأولى فلا تسمع دعواه (رد المحتار). أنظر المادة (١٦٢٩).

إلّا أنه تصح دعوى المجهول في خمسة مواضع:

أولاً: دعوى الغصب (ثانياً) دعوى الرهن فلا يلزم في دعوى الغصب أو في دعوى المرهون بيان قيمة المدعى به. لأنه في الأكثر لا يعرف قيمة ماله فإذا كلف لبيان القيمة يضربه.

صورة دعوى الغصب - تكون بقول المدعي: إن المدعى عليه قد غصب مني كذا مالاً، كذلك لو قال المدعي إن هذا مالي وكان في يدي وإن المدعى عليه قد وضع يده عليه بغير حق أو قال أنه كان تحت يدي لحين أن وضع المدعى عليه يده عليه بغير حق فيكون ذلك دعوى غصب (الخانية وجامع الفصوليين).

وفائدة صحة الدعوى مع وجود الجهالة الفـاحشة في ذلك هو: إن الخصم يعترف بغصب المجهول أو أنه ينكر والمدعي يثبت بالشهود غصب المجهول فيجبر المدعى عليه على البيان وإذا لم يثبت بالإقرار أو بالبيّنة يكلف المدعى عليه بحلف اليمين فإذا نكل عن اليمين يجبر المدعى عليه بحبسه إلى حين البيان (البحر ورد المختار). ولا يجوز الحكم بالمجهول بموجب المادة (١٦١٩) ولما

سقط بيان القيمة في هذه المسائل من المدعي فبطريق الأولى يسقط ذلك عن الشهود. لأن الشهود يكونون بعيدين عن ممارسة ذلك المال فعلى هذا الوجه إذا ثبت الغصب أو الرهن المجهول بالشهادة يجبر المدعى عليه على البيان والقول في تعيين أي مال هو المغصوب أو المرهون للغاصب أو للمرتهن (ابن عابدين على البحر والخانية والزيلعي).

مثلاً لو قال المدعي: إن هذا الرجل قد غصب خاتمي الزمرد وهو موجود في يده الآن أو أنه هلك ولم يبين قيمته أو قال إنني لا أعرف قيمته فتصح دعواه كذلك لو قال المدعي: إنه رهن ساعة عند المدعى عليه مقابل دينه له العشرين ديناراً وأنه سلمها له تسمع دعواه.

فعلى هذه الصورة إذا اعترف المدعى عليه بالغصب أو الرهن على الوجه المذكور أعلاه يجبر على بيان ما هو المغصوب أو المرهون وإذا نكل عن اليمين بعد الإنكار والاستحلاف أو أذا أثبت المدعي كذلك يجبر على بيان ما هو المغصوب والمرهون أنظر المادة (١٥٧٩) والقول في مقدار القيمة للغاصب والمرتهن (رد المحتار والخانية).

إذا قال المغصوب منه إن قيمة المال المغصوب كذا مبلغاً وقال الغاصب لا أعرف قيمته فحكم ذلك قد بين في شرح المادة (٨٩١) (البحر).

والثالث والرابع والخامس قد بيّن في شرح المادة(١٦١٩).

المادة (١٦٢٢) - (إذا كان المدعى به أعياناً مختلفة الجنس والنوع والوصف يكفي ذكر مجموع قيمتها ولا يلزم تعيين قيمة كل منها على حدة).

إذا كان المدعى به أعياناً مختلفة الجنس والنوع والوصف كأن كانت خمس خيول وشاتان وثلاثة أشجار فيكفي ذكر مجموع قيمتها في الدعوى والشهادة على القول الصحيح وحسب الفتوى المذكورة في كتاب الدعوى من البهجة. أي لا يلزم تعيين قيمة كل منها على حدة.

مثلاً: لو ادعى أحد بخمس خيول وشاتين وثلاثة أشجار وذكر في دعواه أن مجموع قيمتها كذا ديناراً وأقام البينة على ذلك تقبل دعواه (رد المحتار والدر المختار).

إلا أنه يجب تعريف وتوصيف المدعى به كما هو مذكور في الوجه الثالث من المادة الآتية.

أما إذا لم تكن الأعيان المذكورة من القيميات بل كانت من المثليات فيجب مثلها ولا يلزم بيان قيمتها أنظر شرح المادة (١٦٢١) كما أنه إذا كانت الأعيان المذكورة حاضرة في مجلس المحاكمة فتكفي الإشارة إليها ولا حاجة لبيان القيمة أنظر المادة (١٦٢١).

قيل (أعياناً) لأنه إذا كان المدعى به بدل أشياء مستهلكة مختلفة الجنس والنوع والوصف ذات قيمة فيجب بيان جنس ونوع تلك الأشياء أنظر شرح المادة (١٦٢٠).[1]

(١) تنبيه - لو طلب المدعي من القاضي وضع المنقول على يد عدل فإن كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه وان كان فاسقاً اجابه وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه ثمر. لأن الثمر نقلي كذا في الفتاوى الصغرى.

(١٦٢٣) - إذا كان المدعى به عقاراً يلزم في الدعوى ذكر بلده وقريته أو محلته وزقاقه وحدوده الأربعة أو الثلاثة واسماء أصحاب حدوده إن كان لها أصحاب مع اسماء آبائهم وأجدادهم لكن يكفي ذكر اسم وشهرة الرجل المعروف والمشهور ولا حاجة إلى ذكر اسم أبيه وجده كذلك لا يشترط بيان حدود العقار إذا كان مستغنياً عن التحديد لشهرته وأيضاً إذا ادعى المدعي بقوله: إن العقار المحررة حدوده في هذا السند هو ملكي تصح دعواه).

إذا كان المدعى به عقاراً كأن كان عرصة أو ارضاً أو كان في حكم العقار كسكنى الدار أو علو عقار وكان المدعى عليه منكراً أن العقار ملك المدعي فيلزم حين الدعوى والشهادة ذكر (أولاً) بلدة العقار المذكور (ثانياً) قريته أو محلته (ثالثاً) زقاقه وحدوده الأربعة بصورة تحيط بالمدعى به أو حدوده الثلاثة أو أصحاب حدوده الأربعة أو الثلاثة إن كان لها أصحاب واسماء آباء عند الإمام وأجداد أصحاب الحدود وإذا كان في طرف العقار المدعى به عقاراً آخر لورثة لم يقتسموه فيلزم بيان اسماء أولئك الورثة ونسبهم ولا يكفي ذكر عبارة ورثة فقط إذ الورثة مجهولون لأن منهم ذا فرض وعصبة وذا رحم إلا أن بعض العلماء قال بكفاية ذلك، ولو كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حدا، ويجب عليه أن يبين في دعواه بأن العقار في يد المدعى عليه بغير حق وأن يطلب أخذه منه لأن نقل العقار إلى المجلس وتعريفه بالإشارة متعذر وحيث يعلم العقار بالتحديد فيتعين التعريف بالتحديد (البحر والهندية ورد المحتار بزيادة).

يجب أن يذكر المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه بغير حق. لأن المدعى عليه لا يكون خصماً للمدعي إذا لم يكن العقار في يده ولا تصح خصومته إذا لم يكن العقار في يده على ما جاء في المادة (١٦٣٥).

بغير حق: يجب ذكر هذه العبارة لإزالة احتمال أن المدعى به مرهون أو محبوس بالثمن. أن المجلة قد ذكرت لزوم ذكر هذه العبارة في دعوى المنقول وقد تركت لزوم ذكر ذلك في دعوى العقار. لأنه يعلم ذلك مقايسة (مجمع الأنهر بزيادة والدر المنتقى).

وأن يكن أن بعض الفقهاء قد قال بأنه لا يجب أن يذكر في دعوى العقار عبارة (أنه في يد المدعى عليه بغير حق) وارادوا إيجاد فرق في هذه المسألة بين المنقول والعقار إلا أن المختار عند كثير من الفقهاء أنه يجب ذكر هذه العبارة في دعوى العقار أيضاً (الدر المنتقى بزيادة وتكملة رد المحتار).

إذا كان المدعى به جزءاً شائعاً من العقار فيكفي أن يذكر بأن الجزء المذكور في يد المدعى عليه بغير حق وأن تحصل الشهادة على هذا الوجه ولا يجب في الدعوى والشهادة أن يذكر أن جميعه في يد المدعى عليه وفي دعوى غصب نصف العقار يجب على قول ذكر أن جميع العقار في يد

الغاصب ولا يجب ذكر ذلك على قول آخر.

أطلب أخذه منه ـ يجب على المدعي أن يذكر في دعواه هذه العبارة. لأنه لما كان المدعى به حقه فيقتضي أن يطلبه أنظر شرح المادة (١٦٢).

قيل في تعريف العقار أنه يجب (أولاً) ذكر بلدته (ثانياً) قريته أو محلته (ثالثاً) زقاقه (رابعاً) حدوده وعلى هذا الوجه يجب أولاً ذكر الأعم ثانياً الأخص ثالثاً أخص الأخص رابعاً أخص الأخص منه كما هو الحال في النسب إذ يقال فلان ابن فلان ابن فلان فيعرف العام بالخاص مثلاً: إذا قيل أحمد فكثيرون مسمون بهذا الاسم فإذا قيل ابن محمد فقد خصص وإذا قيل ابن طاهر فقد خصص أكثر فعلى هذا إذا ادعى المدعي عشر قطع من أراضي وبين حدود تسع منها ولم يذكر حدود العاشرة ينظر. اذا كانت هذه القطعة في وسط القطع التسع فتكون داخلة في الحدود ومعلومة ويجوز الحكم بها وإذا كانت تلك القطعة في الطرف فلا تعلم ما لم تذكر حدودها فلذلك لا يحكم بها (الهندية والبحر).

كذلك إذا ادعى عمرو متولي وقف زيد على بشير متولي وقف بكر بأن مقداراً من العرصة التي تحت يد بشير هي وقف زيد إلا أنه لم يعين مدعاه ولم يحدده فلا يلتفت إلى دعوى عمرو التي هي على الوجه المذكور (جامع الإجارتين). أما إذا أقر المدعى عليه بعد الدعوى بأن العقار المدعى به ملك للمدعي فيأمر القاضي المدعى عليه بتسليمه للمدعي. لأن الجهالة غير مضرة بالاقرار (الدر المنتقى).

قيل (بصورة تحيط المدعى به) لأنه يجب أن يحيط الحد الفاصل كل المدعى به حتى يكون معلوماً فلذلك إذا كان المدعى به أرضاً وقيل أن أحد حدودها شجر فلا يكتفى. لأن الشجرة لا تحيط كل المدعى به. ويقتضي أن يحيط الفاصل كل المدعى به حتى يعلم المدعى به (التكملة).

وقد اشارت المجلة بقولها أو حدوده (الثلاثة) بأنه إذا ذكرت حدوده الثلاثة وسكت عن ذكر حده الرابع فالدعوى والشهادة صحيحان ولا يسأل ما هو الحد الرابع. لأنه يوجد للأكثر حكم الكل وفي هذه الصورة يعتبر الحد الرابع اعتباراً من حذاء الحد الثالث على الإستقامة إلى أن ينتهي إلى مبدأ الحد الأول (الهندية والبحر) كذلك لو كان الرابع ملكاً لرجلين فذكر المدعي أحدهما وترك ذكر الآخر صح. كذلك لو كان الحد الرابع أرضاً ومسجداً وذكر المدعي الأرض ولم يذكر المسجد صح. أما إذا ذكر المدعي أو الشهود الحد الرابع وغلطوا في ذكره فلا تصح الدعوى والشهادة. لأنه قد اختلف المدعى به بالحد الرابع إذ أن للمدعى عليه أن يقول إن هذا المحدود ليس في يدي أو أنه لا يلزم هذا تسليم المحدود للمدعي ويبين عدم توجه الخصومة عيه.

أما إذا قال المدعى عليه إن هذا المحدود في يدي إلا أنك قد اخطأت في الحدود فلا يلتفت إلى قوله هذا ويستأنف المدعي الدعوى إذا صح الخطأ. ونظير ذلك هو أنه لو ادعى المدعي بأنه اشترى هذا المال بثمن منقود وشهد الشهود على ذلك يقبل ولا يلزم بيان جنس الثمن إلا أنه إذا

ذكر الشهود جنس الثمن واختلفوا في جنسه فلا تقبل. (الزيلعي).

ولكن إذا صحح الشهود بعد خطأهم في التحديد غلطهم ووفقوا كلامهم تقبل. مثلاً لو قال الشهود أن طرف العقار دار زيد بن عمرو بن بكر وبعد أن شهدوا على هذا الوجه رجعوا وقالوا أن اسم ذلك الشخص كان زيداً ثم أصبح بشراً أو أن الدار كانت أولاً لزيد فباعها لبشر وصححوا غلطهم ووفقوا كلامهم فتقبل شهادتهم (رد المحتار).

يثبت وقوع الغلط في الحدود باقرار المدعي أو بإقرار الشهود وفي هذه الحال لهم أن يصححوا الحدود على الوجه المبين أعلاه وأن يصححوا الدعوى والشهادة.

أما إذا ادعى المدعى عليه بأن المدعي أو الشهود قد غلطوا في الحدود فلا تسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك سواء كان ذلك قبل الحكم أو بعده. لأن دعوى المدعى عليه غلط الشاهد يثبت ببيان أن الحدود لم تكن كما قال الشاهد أو أنه لم يكن بهذا الاسم أحد وبما أن هذا اقامة بينة على النفي فهو غير جائز أنظر المادة (١٦٩٩) (البحر والانقروي).

لو قال المدعي إنني لا أعلم اسماء أصحاب الحدود الذين يحدون العقار ثم علمهم بعد ذلك فله أن يدعي ولا حاجة في ذلك للتوفيق.

كذلك لو قال المدعي لا أعرف حدود العقار ثم وفق بعد ذلك قائلاً بأن مقصودي من كلامي هذا بأنني لا أعلم اسماء أصحاب الحدود وأقام الدعوى بعد أن تعلم اسماء أصحاب الحدود فيعتبر توفيقه وتقبل دعواه أما إذا قال المدعي إنني لا أعرف حدود نفس العقار ثم ادعى بعد ذلك العقار وبين حدوده فلا تسمع دعواه. كذلك إذا أُشهد شهود على ملكية عقار معين وكانوا لا يعرفون حدود ذلك العقار فلهم أن يسألوا عن حدود ذلك العقار من الثقاة وأن يشهدوا بذلك ولكن لا يشهدون بأن ذلك المدعى عليه قد أقر بأن ذلك العقار ملك للمدعي حتى لا يكونوا كاذبين في شهادتهم (البحر والانقروي والهندية).

إذا حدد العقار المحدود على هذا الوجه وادعى به ولم يبين في الدعوى ما هو المحدود هل هو دار أو بستان فعلى قول: الدعوى والشهادة صحيحان. وعلى قول آخر غير صحيحين (الهندية والبحر) وقيل تسمع لو بين المصر والمحلة والموضع (التكملة).

(إن كان لها أصحاب) لأنه إذا لم يكن للحدود أصحاب فيلزم التعريف بصور أخرى كأن يقال: الطريق أو الواد أو الخندق أو السور أو المقبرة المرتفعة أو العقار الموقوف أو أرض البلد. بناء عليه فالطريق التي لا يبين طولها وعرضها والواد تصح حدوداً، كما أنه يصح الخندق والسور أن يكون حداً أي أن العقار يحدد بالقول إن أحد أطرافه طريق واحد أطرافه واد. وإذا كان أحد أطرافه طريقاً عاماً فلا حاجة لذكر أن الطريق المذكورة عامة أو أنها عائدة للقرية أو للمدينة. كذلك تصح الربوة أي المقبرة المرتفعة أن تكون حدوداً.

كذلك يصح العقار الذي هو تحت يد شخص وغير معلوم صاحبه أن يكون حدوداً، وبتعبير

آخر لو قيل إن أحد أطرافه العقار الذي هو تحت يد فلان ابن فلان والمجهول صاحبه فيكون قد حدد العقار (البحر).

كذلك إذا كان أحد أطراف العقار وقفاً فيلزم بيان الواقف واسم ابيه وجده واسم الموقوف عليه بأن يقال الموقوف على المسجد الفلاني أو على المدرسة الفلانية أو على الفقراء (رد المحتار والبحر والانقروي بزيادة).

ومع تحديد العقار على هذا الوجه يجب لصحة الدعوى إثبات وضاعة اليد بالبينة كما هو مذكور في المادة (١٧٥٤) ولا يكفي تصادق الطرفين لإثبات وضاعة اليد.

وفي الفصولين لو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح وإن لم يبين أنها في يد من. لأنها في يد السلطان بواسطة نائبه.

تنبيه ـ إذا قال المدعي أثناء تحديد الحدود ان طرف العقار أرض فلان وكان لذلك الشخص في القرية المدعى بها أراض متعددة ومتفرقة تصح الدعوى والشهادة (التكملة).

إيضاح (الذي في حكم العقار) إذا كان المدعى به في حكم العقار فيجب تحديده على الوجه المذكور كسكنى الدار لأن السكنى وإن كانت في حد ذاتها نقليا فهي متصلة بالأرض وغير ممكنة الإشارة إليها باحضارها إلى مجلس القاضي فلذلك يكون تعريفها كتعريف العقار.

تعريف (تحديد العلو) لو اشترى أحد علو دار فقط ولم يكن له ملك في التحتاني فيبين حدود السفل أي التحتاني فقط. لأن السفل من وجه مبيع بسبب أن للعلو حق قرار فيه وبتحديد السفلي يستغني عن تحديد العلوي لأن السفل أصل والعلو تابع له وتحديد الأصل أولى. هذا إذا لم يكن حول العلوي حجرة فلو كانت ينبغي أن يحد العلوي لأنه هو المبيع فلا بد من اعلامه وهو يحده وقد أمكن (البحر).

إلا أنه يستثنى ست مسائل من بيان الحدود فيها حين الدعوى والشهادة:

المسألة الأولى ـ يلغى ذكر اسم وشهرة الرجل المعروف والمشهور من أصحاب الحدود. لأنه يحصل بذلك التعريف المقصود بل يكفي ذكر إسم الشخص المشهور باسمه فقط ولا حاجة لذكر ابيه وجده حين الدعوى والشهادة لأن المقصود هو التعريف وليس تكثير الألفاظ والحروف فعلى ذلك لو قال المدعي إن طرف العقار متصل بدار فلان وكان فلان معروفاً كان ذلك كافياً ولا يلزم ذكر نسبه (رد المحتار والخانية).

المسألة الثانية ـ لا يشترط عند الإمامين بيان حدود العقار إذا كان مستغنياً عن التحديد لشهرته. لأن الشهرة مغنية عن التحديد وقد حصل المقصود بلا تحديد. أما عند الإمام فالتحديد شرط (التنوير ورد المحتار).

المسألة الثالثة: إذا كان الشهود يعلمون العقار عيناً فلا حاجة للتحديد (التنوير) وفي هذه

الصورة يشير الشهود إلى العقار في المحل الموجود فيه العقار ويورون الحدود ويشهدون على العقار. وفي تلك الحالة يرسل القاضي امينه مع الشهود. والشهود يورون الأمين حدود العقار الأربعة بالإشارة إليها ويشهدون بأنه ملك للمدعي والأمين يعلم حدوده من جيرانه ويبين ذلك للقاضي (الخانية).

المسألة الرابعة: وكذلك إذا ادعى المدعي بقوله: أن العقار المحررة حدوده في هذا السند مشيراً إلى السند والحجة المحررة فيه حدود العقار هو ملكي وشهد الشهود بأن العقار المحررة حدوده في هذا السند والحجة هو ملك لهذا الرجل صح ولاحاجة لتعداد الحدود (رد المحتار).

وحكم هذه الفقرة جار أيضاً في دعوى الدين. مثلاً لو ادعى احد من آخر قائلاً انه يطلب لي من ذمة هذا المدعى عليه المبلغ المحرر في هذا السند فاطلب اخذه منه وشهد الشهود على الوجه المذكور تقبل.

المسألة الخامسة: إذا شهد الشهود على عقار بدون بيان حدوده وصدق المدعي والمدعى عليه بأن العقار الذي شهد به الشهود هو العقار المدعى به تقبل شهادتهم.

المسألة السادسة: لو أدعى المدعي بأن الدار التي تحت يد شخص آخر هي ملكه ثم قال المدعي بعد ذلك بأن المدعى عليه قد اقر بأن الدار التي ادعيتها هي ملكي وأقام البينة على اقرار المدعى عليه يقبل ولو لم يبين المدعى عليه في اقراره والشهود في شهادتهم حدود تلك الدار.

المادة (١٦٢٤) (إذا اصاب المدعي في بيان الحدود وذكر زيادة أو نقصاناً في اذرع العقار أو دونماته لا يمنع ذلك صحة دعواه).

إذا اصاب المدعي في بيان الحدود وذكر زيادة أو نقصاناً في اذرع العقار أو دونماته أو في مقدار ما يستوعبه من البذار أو في مقدار الغرف التي يحتويها فلا يمنع ذلك صحة دعواه. لان التعريف قد حصل ببيان الحدود وبما أنه لا حاجة بعد ذلك لبيان المقدار فكان بيان المقدار وعدمه متساوياً (ابن عابدين على البحر بزيادة).

كذلك لو أصاب المدعي في الحدود إلّا أنه وصف المحدود بأن فيه كذا اشجاراً وفي اطرافه كذا حائطاً فظهر بأنه لا يوجد فيه اشجار ولا في اطرافه حائط لا تبطل دعواه. لأنه يحتمل أن تكون الأشجار قد قطعت بعد ذلك والحائط قد هدم.

أما إذا وصف العقار بقوله لا يوجد فيه اشجار وغير محاط بحائط ثم ظهر بعد الدعوى وجود اشجار كبيرة لا يمكن حدوثها بعد الدعوى لا تصح دعواه (الهندية) أنظر المادة (١٦٢٩).

كذلك إذا قال ان المحدود كذا ذراعاً أو كذا دونماً فظهر أكثر فلا تبطل دعواه (الخانية).

المادة (١٦٢٥) - (لا يشترط في دعوى ثمن العقار بيان حدوده).

لا يلزم في دعوى الدين تعريف وتوصيف سبب نشأة الدين فعليه لا يلزم (أولاً) بيان حدود العقار في دعوى ثمن العقار الذي بيع وسلم (ثانياً) كذلك لا يلزم في دعوى ثمن المنقول الذي بيع وسلم احضاره الى المجلس أو ذكر أوصافه (ثالثاً) لا يلزم في دعوى بدل الإيجار في الاجارة المفسوخة بيان حدود المأجور فلذلك لو أدعى المدعي بعد تسمية عين وتوصيفها قائلاً: أن فلاناً قد استأجرني للمحافظة على تلك العين بكذا دراهم اجرة عن كل شهر وبما انني حافظت عليها كذا شهراً فاطلب اجرتي المشروطة فلا يلزم جلب تلك العين للمحاكمة. أما في دعوى ثمن المبيع الغير مقبوض فيلزم جلبه إلى المجلس إذا كان جلبه ممكناً حتى يثبت البيع عند القاضي (الهندية في الباب الثاني في الفصل الأول).

ومقتضى هذه المسألة أنه يلزم تحديد العقار في دعوى ثمن العقار المبيع إذا لم يقبض ذلك العقار أي إذا لم يسلم للمشتري.

المادة (١٦٢٦) - (إذا كان المدعى به ديناً يلزم المدعي بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره مثلاً يلزم أن يبين جنسه بقوله ذهباً أو فضة ونوه بقوله: سكة عثمانية أو سكة انكليزية ووصفه بقوله سكة خالصة أو مغشوشة مع بيان مقداره، ولكن إذا ادعى بقوله كذا قرشاً على الاطلاق تصح دعواه وتصرف على القروش المعروفة في عرف البلدة وإذا كان المتعارف نوعين من القروش وكان اعتبار ورواج احدهما ازيد تصرف إلى الأدنى كما أنه إذا ادعى بقوله كذا عدداً من البشلك يصرف في زماننا إلى البشلك الأسود الذي هو من المسكوكات المغشوشة).

إذا كان المدعى به ديناً سواء كان ذهباً أو فضة أو شعيراً أي من المثليات يلزم المدعي أن يبين (اولاً) جنسه (ثانياً) نوعه (ثالثاً) وصفه (رابعاً) مقداره (خامساً) على قول سبب الدين (سادساً) على قول طلب اخذه. لأنه يقتضي تعريف المدعى به وتعريف الدين يمكن بالوجه المشروح.

بيان سبب الدين: هذه المسألة ستوضح في المادة الآتية:

طلب اخذه - يشترط الطلب على هذا الوجه عند بعض الفقهاء وعند البعض الآخرين أن الدعوى صحيحة ولو لم يبين هذا الطلب حيث أن شرطيته على القول الضعيف (رد المحتار والبحر) حيث أن مراجعة القاضي ودعوة الخصم إليه وبيان حقه في حضور القاضي تتضمن هذا الطلب. مع أنه في المادة (١٦٢١) قد بين لزوم طلب اخذه في دعوى العين ولم يذكر ذلك في هذه المادة. وقد بين في شرح المادة المذكورة أن الاختلاف المار ذكره موجود أيضاً في دعوى العين فكان عدم ذكره هنا مبنياً لكونه معلوماً من أحكام المادة (١٦٣١).

فاذا كان الدين نقوداً يلزم أن يبين جنسه **بقوله**. ذهباً أو فضة ونوعه بقوله: ذهباً أو جنيهاً عثمانياً أو انكليزياً أن افرنسياً ووصفه بقوله: **سكة خالصة أو مغشوشة** مع بيان مقداره وإذا كان

الدين شيئاً من المكيلات يلزم بيان جنسه بقوله: حنطة أو شعيراً ونوعه بقوله: سقية أو برية أو خريفية اوربيعية ووصفه بقوله: حنطة بيضاء أو حنطة حمراء ومقداره بقوله: كذا كيلة مصرية أو شامية أو كذا اردبا حيث أن الكيلات تختلف باختلاف البلاد وأن يطلب أيضاً اخذه (البحر والهندية).

مع أنه إذا كانت في بلدة نقود مختلفة وكان رواج بعضها أكثر من غيرها فينصرف إلى ازيدها في البيع إلّا أن الدعوى لا تنصرف إليها بل يلزم بيان النوع وبدون البيان لا تكون الدعوى صحيحة وقد ذكر في شرح المادة (٢٤٠) بأنه إذا كان في البلدة أنواع مختلفة للنقود وكانت متساوية في الرواج والمالية فلا يلزم في البيع بيان نوعها أما في الدعوى لو كانت النقود المختلفة متساوية في الرواج والمالية يلزم في الدعوى بيان نوعها. ما هو سبب الافتراق؟.

بيان الوصف - إذا كان الدين من ثمن المبيع وكان في البلدة نقد واحد معروفاً فلا حاجة لبيان الوصف.

أما إذا مر وقت طويل بين وقت البيع ووقت الخصومة وكان لهذا السبب غير معلوم نقد البلد ففي هذه الحالة يجب بيان نقد البلد. ولا يلزم أن يبين في الدين النقود في زمن أي ملك ضربت تلك النقود. لأنه لا فائدة من ذلك.

سكة - ويستفاد من تعبير سكة أن هذا الحكم هو في حال كون النقود مضروبة، أما إذا لم تكن مضروبة فيلزم بيان مثقالها وعيارها إذا كانت ذهباً ودرهمها وعيارها إذا كانت فضة (الهندية).

مستثنى - يستثنى الأقرار بالمجهول من حكم هذه المادة مثلاً: لو اقر المدعى عليه بأنه مدين بكذا كيلة حنطة أو أثبت المدعي اقرار المدعى عليه بذلك باقامة شهود فيجبر المدعى عليه على بيان الحنطة المذكورة هل هي أعلى أو أدنى أو اوسط؟ وهذا الجبر هو جبر على بيان وليس جبرا على الاداء (الهندية) أنظر شرح المادة (١٦١٩).

ولكن إذا ادعى بقوله كذا قرشاً على الاطلاق أي بدون أن يقيده أو يخصصه بقوله: باعتبار أن الذهبة العثمانية بمائة وثمانية قروش والريال المجيدي بعشرين قرشاً تصح دعواه وتصرف إلى القروش المعروفة في عرف البلدة انظر المادة (٤٥).

مثلاً: لو ادعى أحد في زماننا في الاستانة الف قرش فيما أنه معروف أن الذهب العثماني بمائة وثمانية غروش والريال المجيدي بعشرين قرشاً فيصرف إلى ذلك وإذا كان المتعارف في البلدة نوعين من القروش وكان رواج واعتبار احدهما أزيد من الآخر وادعى المدعي كذا قرشاً على الاطلاق فيصرف إلى الأدنى لان المتيقن هو الأدنى.

مثال نوعي قروش في زماننا: تذكر قروش باعتبار الذهب العثماني مائة قرش والريال المجيدي تسعة عشر قرشاً كما أنه تذكر قروش على أن الذهب العثماني مائة وثمانية قروش والريال المجيدي

عشرون قرشاً فعليه لو أدعى احد على آخر بالف قرش واثبت دعواه يصرف إلى القروش باعتبار الريال عشرين قرشاً والذهب مائة وثمانية قروش ولا يحمل على القروش باعتبار الريال تسعة عشر قرشاً والذهب مابة قرش ما لم يدع دعواه قائلاً فيها: كذا قرشاً باعتبار المائة قرش ذهباً عثمانياً والتسعة عشر قرشاً ريالاً مجيدياً وأن يثبت ذلك.

فلذلك لو ادعى في زماننا[1] كذا بشلكا فلا يصرف إلى البشلك الذي هو ربع الريال بل يصرف إلى البشلك الاسود الذي هو من المسكوكات المغشوشة.

وأن يكـن أنه في ذلك الزمن كان البشلك الأسود رائجاً بخمسة قروش وأدنى من ربع الريال إلّا أنه قد تنزل قيمته إلى قرشين ونصف فلذلك لا يطلق عليه في زماننا بشلك ولذلك فتعبير بشلك في الوقت الحاضر لا يحمل على البشلك الأسود بل يصرف إلى ربع الريال أو يصرف على السكة المغشوشة التي كانت رائجة بالستة قروش وأصبحت رائجة بخمسة قروش أنظر المادة (٣٩)[2].

أن بعض الايضاحات المقتضية لدعوى العين قد ذكرت في هذه المادة إلّا أنه يلزم ايضاحات أخرى تتعلق بسبب الدين وقد بين ذلك في شرح المادة (١٦٢٠).

إذا كانت دعوى الدين على الميت فاذا بين المدعي بأَن المدين توفي بدون أن يؤدي مقداراً من الدين وأنه يوجد تحت يد الورثة اموال كافية لقضاء الدين أو أكثر منه فتسمع الدعوى ولو لم يذكر أعيان التركة؛ ولكن لا يحكم الورثة بأَن يؤدوا الدين المذكور من أموالهم أو من أعيان التركة المجهولة ما لم يكن موجوداً في يد الوارث تركة كافية لاداء الدين وإذا انكر الوارث وضع يده على التركة واراد المدعي اثبات وضع يده فيلزمه بيان أعيان التركة (الهندية).

وقد جاء في البحر وفي دعوى الدين على الميت لو كتب توفي بلا ادائه وخلف من التركة بيد هذا الوارث ما يفي تسمع هذه الدعوى وان لم يبين أعيان التركة وبه يفتى.

(المادة ١٦٢٧) - (إذا كان المدعى به عيناً فلا يلزم بيان سبب الملكية بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله هذا المال لي وأما إذا كان ديناً فيسأل عن سببه وجهته يعني يسأل هل هو ثمن مبيع أو اجرة أو دين من جهة أخرى والحاصل أنه يسأل من أي جهة كان ديناً).

إذا كان المدعى به عيناً سواء كان منقولاً أو كان عقاراً فلا يلزم حين الادعاءِ به بيان سبب ملكيته بل تصح دعوى الملك المطلق بقول المدعي: هذا المال لي ولا يجب سؤال المدعي هل ملكت هذا المال شراء أو ارثا (البحر).

---

(١) أي في ٩ جمادى الأخرى سنة ١٢٩٣ حين نشر كتاب الدعوى. (المعرب).

(٢) قول الشارح في زماننا أي في سنة نشر كتابه سنة ١٣٣٠ أما اليوم فلم تكن تلك المسكوكات رائجة بل أن الرائجة في تركيا الآن هي الأوراق النقدية (المعرب).

والملك المطلق قد عرف في المادة (١٦٧٨) وقد قال بعض العلماء بأنه إذا ادعى عقار في بلاد قديمة البناء يجب بيان سبب الملك واثبتوا بالوجوه الثلاثة إلّا أن المجلة قد ذكرت المسألة على الاطلاق فلذلك يفهم بأنه لا يجب بيان سبب الملك في البلاد القديمة البناء (البحر).

أما إذا كان المدعى به ديناً فيسأل عن سبب وجهة ذلك الدين يعنى يسأل هل هو ثمن مبيع أو أجرة أو دين من جهة أخرى كان يكون قرضاً أو ناشئاً عن غصب أو استهلاك وديعة، والحاصل يسأل المدعي من أي جهة كان ديناً. لأنه: (أولاً) تختلف أحكام الدين باختلاف الأسباب إذ أنه إذا كان الدين من جهة السلم فيلزم ايفاؤه في المكان الذي شرط تسليمه فيه. أنظر المادة (٣٣٦).

وإذا كان الدين قرضاً أو ناشئاً عن ثمن مبيع فيجب اداؤه في مكان القرض أو المبيع وإذا كان الدين ناشئاً عن الغصب والاستهلاك فيقتضي ايفاء بدله في مكان الغصب. والاستهلاك (البحر والدر المختار والانقروي).

وإذا كان الدين ناشئاً عن ثمن مبيع غائب فيجب أن يذكر أن المبيع قد سلم إلى المدعى عليه المشتري فإذا لم يذكر بأنه سلم وقبض فلا تصح الدعوى (النتيجة). أنظر المادة (٢٦٢).

كذلك إذا كان المبيع غير مقبوض فيلزم إحضاره إلى مجلس الحكم. أما إذا كان مقبوضاً فلا يلزم إحضاره إلى المجلس (علي أفندي) أنظر شرح المادة (١٦٢٥).

ثانياً: بما أن أسباب بعض الديون أسباب باطلة وغير موجبة ثبوت الدين في الذمة فلأجل أن يتضح للقاضي صحة سبب الدين من عدمه فوجب بيان وسؤال السبب. كالحساب ودين النفقة الذي في ذمة المتوفي والكفالة بنفقة المرأة والكفالة بمال الكتابة والكفالة بالدية على العاقلة (البحر) حيث إن الحساب لا يكون سبباً للدين فلذلك لو قال المدعي في دعواه ان لي في ذمة المدعى عليه من الحساب الذي بيني وبينه كذا درهماً فلا يصح.

كذلك لو ادعت زوجة المتوفي من ورثته ديناً بلا بيان السبب فدعواها غير صحيحة. لأنه يجوز أن يكون هذا الدين دين نفقة ودين النفقة يسقط بوفاة الزوج. وإيضاح الآخرين قد مر في شرح المادة (١٦٢٠).

اختلاف الفقهاء: يفهم من الأسباب المذكورة أعلاه بأنه إذا لم يذكر في دعوى الدين سبب الدين وجهته لا تسمع الدعوى وقد قال بعض الفقهاء بذلك (رد المحتار والحموي).

أما عند بعض الفقهاء فدعوى الدين بلا بيان السبب صحيحة وأنه وإن جاز للقاضي أن يسأل المدعي عن سبب الدين إلّا أنه إذا امتنع عن البيان لا يجبر. لأن المدعي يستحي بعضاً من بيان السبب كما أنه يكون بيان السبب موجباً لمشقة المدعي بعضاً وقد ذكرت عامة المشائخ هذا الوجه (البحر).

ويستفاد من ظاهر عبارة المجلة بأنها قد قبلت القول الثاني كما أنه قد قبل في تعليم أصول

التحليف الذي نظم من طرف جمعية المجلة هذا القول لأنه يقال فيه (إذا ادعى المدعي من المدعى عليه ديناً كذا درهماً بدون بيان الجهة ألخ).

فعلى هذه الصورة إذا قال المدعى عليه أن الدين الذي تدعيه مني هو ثمن خمر أو ثمن ميتة أو ثمن المبيع الفلاني الذي بعته لي ولم أقبضه وكذبه المدعي في ذلك فيكون المدعى عليه قد أقر بالمدعى به على رأي الإمام الأعظم. أما عند الإمامين إذا قال ذلك مفصولاً عن إقراره وعلى حدة فيكون قد أقر أما إذا قاله موصولاً فلا.

أما إذا بين سببه ابتداء قائلاً له: إنك بعتني المية بعشرة دنانير فلا يكون مقراً.

كذلك لو قال المدعى عليه للمدعي ان لك بذمتي عشرة دنانير وهي مؤجلة إلى مدة كذا وادعى المدعي بأنها معجلة فالقول للمدعي. أنظر شرح المادة (١٥٨٧).

إذا ادّعى المدعي ديناً بلا بيان السبب وشهد الشهود على الدين مع بيان السبب يقبل كما أنه لو ادعى المدعي الدين مع بيان السبب وشهد الشهود على الدين مطلقاً فتقبل (الخانية).

قد ذكر آنفاً بأنه لا يقبل في دعوى العين والفرق بينهما هو أن الملك محتمل الزوائد. أما الدين فغير محتملها.

المادة (١٦٢٨) - (حكم الإقرار هو ظهور المقر به لا حدوثه بداءة ولهذا لا يكون الإقرار سبباً للملك بناء عليه لو ادعى المدعي على المدعى عليه شيئاً وجعل سببه إقراره فقط لا تسمع دعواه مثلاً لو ادعى المدعي بقوله: إن هذا المال لي وإن هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد أقر بأنه مالي تسمع دعواه وأما إذا ادعى بقوله: إن هذا المال لي لأن هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد أقر بأنه مالي فلا تسمع دعواه وكذلك لو ادعى بقوله: إن لي في ذمة هذا الرجل كذا درهماً من جهة القرض حتى إنه كان قد أقرّ بأنه مدين لي بهذا المبلغ من هذه الجهة تسمع دعواه أما لو ادعى قائلاً: بأن هذا الرجل قد أقرّ بأنه مدين لي بكذا درهماً من جهة القرض فلذلك أن لي في ذمته كذا درهماً واطلبها منه لا تسمع دعواه).

حكم الإقرار هو ظهور لزوم المقربه على المقر للمقر له. يعني ظهور أن الملك المقر به كان قبل الإقرار ملكاً للمقر له وليس حدوث ملكية المقر له في المقر به ولا إنشاء ملكية. وبتعبير آخر أن الإقرار لا ينقل ملكية المقر به من المقر إلى المقر له كما ينقل البيع الملكية. مثلاً لو قال لآخر: بعت مالي هذا منك بكذا وقبل ذلك الشخص البيع فتنتقل ملكية ذلك المال من البائع إلى المشتري أما لو قال أحد أن هذا المال هو لفلان فلا ينقل بهذا الكلام ملكيته في ذلك المال إلى ذلك الشخص بل

إن الإقرار يظهر الملكية، ويظهر بالإقرار المذكور بالمثال إن ذلك المال كان قبل الإقرار ملكاً للمقر له.

فعلى ذلك لا يكون الإقرار سبباً للملك على القول المفتى به لأن الإقرار من وجه إخبار والإخبار إنما يحتمل الصدق والكذب فلا يتخلف مدلوله الوضعي. حتى إن المقر إذا أقر كاذباً فلا يحل للمقر له أخذ المقر به ديانة ما لم يسلمه المقر برضائه للمقر له وفي تلك الحالة يكون هبة ابتداء (الدر المختار) أنظر المادة (١٥٩١) وشرحها، فلو كان إنشاء لكان سبب وجود المال (البحر) أما الإنشاآت كالبيع والهبة فحيث إنها إيجاد فيمتنع تخلفها عن مدلولها الوضعي (الدرر) كالكسر والأخبار عن الكسر يعني إذا كسر احد زجاجاً كان هذا إنشاء وإيجاد فعل فلا يمكن أن لا ينكسر. أما لو قال أحد كسرت الزجاج فهو إخبار فيحتمل أن يكون قد كسر الزجاج وفي تلك الحالة يكون صادقاً في قوله كسرت الزجاج كما أنه يحتمل أنه لم يكسر الزجاج ففي تلك الحال يكون كاذباً في إخباره.

قد استدل بالمسألتين الآتيي الذكر على كون الإقرار ليس سبباً للملك:

المسألة الأولى ـ إذا أقر المريض المدين بجميع أمواله لأجنبي فلا يتوقف إقراره على إجازة الورثة فلو كان تمليكاً لنفذ في ثلث ماله فقط.

المسألة الثانية ـ لو أقر الصبي المأذون بأن العين التي في يده لفلان صح فلو كان الإقرار سبباً للملك لكان هذا الإقرار تبرعاً من المأذون.

عدم كون الإقرار سبب ملك في المعاملات ـ فعليه لو ادعى المدعي من المدعى عليه، رأساً وليس دفعاً، عينا أو ديناً متخذاً إقراره سبب ملك لا تسمع دعواه لأن دعواه هذه تكون كأنه يطالب بمال من أجل شيء لم يكن سبب وجوب (التكملة ورد المحتار والشرنبلالي والخانية).

ودعوى الإقرار غير المسموعة تكون على صورتين:

الصورة الأولى ـ الادعاء ابتداء بالإقرار كقوله قد أقررت لي بألف درهم فأدِّهالي.

الصورة الثانية ـ الادعاء باتخاذ الإقرار سبب ملك والصورة المذكورة في المجلة هي هذه (النتيجة)

وتعبير دعوى الدار في هذه الفقرة للاحتراز من الشهادة. لأنه يجوز الإقرار على الشهادة مثلاً لو شهد الشهود قائلين: قد أقر المدعى عليه بأن هذا المدعى به هو لهذا المدعي كان جائزاً ولا حاجة لأن يذكروا في شهادتهم أنه ملكه وحتى أن المقر قد أقر له بأنه ملكه (ابن عابدين على البحر).

مثلاً لو ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المال لي وإن هذا الرجل الذي هو ذو اليد عليه قد أقر بأنه لي فتسمع دعواه وتسمع شهود على إقراره هذا. لأن المدعي لم يتخذ في هذه الصورة الإقرار سبباً للملك بل اتخذه دليلاً على مدعاه. أما إذا لم يوجد شاهد يشهد على الإقرار فلا يحلف المدعى

عليه على كونه لم يقر بأن ذلك المال ملك للمدعي بل يحلف على أنه لم يكن ملكاً للمدعي (الدر المختار).

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: بأن المدعى عليه قال له عن المال الذي في يده ان هذا المال لي وسلمه اليه تسمع دعواه. لأنها تكون دعوى هبة والهبة سبب ملك. اما لو ادعى المدعي قائلاً: ان هذا المال لي. لأن هذا الرجل الذي هو ذو اليد عليه قد أقر بأنه لي لا تسمع دعواه. لأنه قد اتخذ الاقرار سبباً للملك.

كذلك لو ادعى أحد على الدار التي تحت يد شخص آخر قائلاً في دعواه إن هذه الدار كانت لوالدي وقد تركها لي ولأختي فلانة أرثاً وبعد وفاة والدي قد أقرت أختي المذكورة بأن جميع الدارلي وقد صدقتها في ذلك فلا تصح دعواه في ثلث تلك الدار (الهندية والأنقروي والبزازية) إن هذه الأمثلة هي مثال على كون المدعى به عيناً.

كذلك لو قال المدعي: إن لي عند هذا الرجل كذا درهماً من جهة القرض حتى أنه قد أقرّ بأنه مدين لي من تلك الجهة فلا تسمع دعواه ولا تسمع على إقراره الواقع على هذا الوجه.

كذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: قد أديت بأمرك لفلان كذا مبلغاً من مالي قضاء لدينك حتى أنك أقررت بأن المبلغ المذكور هو في ذمتك له من الجهة المذكورة وأنكر المدعى عليه فللمدعي أن يقيم البيّنة لإثبات الإقرار المذكور (النتيجة).

كذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إنك قد كفلت فلاناً المدين لي بكذا مبلغاً حتى أنك قد أقررت بكفالتك على الوجه المذكور تسمع دعواه وبينته.

أما لو ادعى المدعي قائلاً إن في ذمة هذا الرجل كذا درهماً حيث قد أقر بأنه مدين لي بكذا درهماً من جهة القرض فلا تسمع دعواه حيث قد اتخذ الإقرار سبباً للملك.

عدم جواز الإقرار سبباً للملك في النكاح ـ لو ادّعى أحد على امرأة بدون بيان عقد نكاح قائلاً: إنك منكوحتي لأنك قد أقررت بذلك فلا تصح دعواه ولا تسمع لاتخاذه الإقرار سبباً للملك (البهجة).

سماع الإقرار في دفع الدعوى ـ وإن كانت دعوى الإقرار غير مسموعة من طرف أصل الدعوى على الوجه المبين حسب هذه المادة إلاّ أنها تسمع من جهة الدفع. فعليه لو ادعى أحد مالاً من ذي اليد فدفع ذو اليد الدعوى قائلاً قد أقررت بأن هذا المال لي أو أنك أقررت أنه ليس لك عندي حق وأثبت هذا الإقرار يقبل منه.

كذلك لو ادعى أحد الدار التي تحت يد آخر قائلاً: إن هذه الدار كانت لوالدي وقد ورثتها فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: إن والدك ومورثك قد أقرّ في حال حياته بأن هذه الدار ملكي فيكون قد دفع الدعوى. إلاّ أنه لو قال المدعي بعد ذلك للمدعى عليه أنك قد أقررت بأن هذه الدار ملك وحق لوالدي ودفع دفعه يقبل وفي هذه الصورة يتعارض الدفعان وتقبل بينه الأرث التي

بقيت بدون معارض. أنظر شرح المادة (١٦٣١) إلاّ أنه إذا بين المدعى عليه تاريخاً لإقرار المورث ولم يذكر المدعي تاريخاً لإقرار المدعى عليه تقبل بيّنة المدعي (الهندية).

سماع دعوى الإقرار بالاستيفاء ـ لا تسمع دعوى الإقرار بالاستيفاء على قول لأنها دعوى إقرار في طرف الاستحقاق وعلى قول تسمع. لأنه دفع عن نفسه وجوب أداء الدين فأصبح الإقرار الواقع من طرف الدفع (تكملة رد المحتار).

المادة (١٦٢٩) ـ (يشترط أن يكون المدعى به محتمل الثبوت بناء عليه لا يصح الادعاء بشيء وجوده محال عقلاً أو عادة، مثلاً إذا ادعى أحد في حق من هو أكبر منه سناً أو في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تصح دعواه).

يشترط في صحة الدعوى وفي صحة الشهادة أن يكون المدعى به محتمل الثبوت بناء عليه لا يصح الادعاء بشيء وجوده محال عقلاً أو شرعاً أو عادة ولا الشهادة به. لأن الكذب متيقن في الادعاء بالمحال (رد المحتار والهندية وابن عابدين على البحر والمادة (الـ ٦٢) والتتمة التي في شرح المادة (١٥٨٧). مثلاً إذا ادعى أحد في حق (١) من هو أكبر منه سناً (٢) أو في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تصح دعواه، لأن الأول محال عقلاً والثاني محال شرعاً.

مثال المحال عادة ـ لو ادعى فقير من آخر أموالاً عظيمة قائلاً: إنه أقرضها له مرة واحدة أو غصبها منه وكان ذلك الشخص معروفاً بالفقر وأنه سائل يأخذ من الأغنياء صدقة وزكاة ولم يرث غنياً ولم تصل إلى يده أموال بوجه أخر فلا تسمع دعواه. أنظر المادة (٣٨).

أما إذا ادعى الشخص المعروف بالفقر أموالاً عظيمة من أخر مبيناً بأنها ثمن العقار الذي باعه أو أنه أقرضها على دفعات عديدة أو أنه ورث مالاً عن مورثه الغني فتسمع دعواه (التكملة).

والمسائل الآتية الذكر هي من الدعاوى المستحيلة:

١ - لو ادعى أحد الفرس التي تحت يد آخر والتي سنها ثلاث سنوات بأنها نتاج ملكه منذ عشر سنوات فلا تصح دعواه كما أنه لا تسمع شهادة شهوده بأن تلك الفرس ملكه منذ عشر سنوات.

٢ - إذا بيّن المدعي لون الحيوان الذي ادعاه وعلاماته ثم أحضر الحيوان. بعد ذلك ظهرت العلامات المشهودة مخالفة للعلامات التي ذكرت حين الدعوى ينظر: فإذا قال المدعي ان هذا هو المدعى به الذي وصفته فلا تقبل دعواه أما إذا قال أن المدعى به الذي وصفته هو غير هذا وهذا غيره فيقبل (الأنقروي رد المحتار والهندية).

لأنه إذا ادعى المدعي بأن الحديد الذي أشار إليه هو عشرة أرطال فظهر لدى الوزن بأنه ثمانية أرطال أو عشرون رطلاً فتقبل الدعوى. لأن الوصف في المشار إليه لغو (الهندية). أنظر المادة (٥٦) وشرح المادة (١٦٢١).

٣ ـ لو وصف المدعي المحدود بأنه لا يوجد فيه حائط أو شجر فظهر بعد الدعوى أشجار عظيمة فيه لا يمكن يحدوثها بعد الدعوى فلا تصح الدعوى.

تتمة ـ إذا تخاصم الزوجان في الدعاوى مدة مديدة فادعى الزوج بأن الزوجة قد أقرت بأن المدعى به ملكه أثناء الخصومة وفي حضور القاضي لا تسمع دعواه (الانقروي عن القنية).

المادة (١٦٣٠) ـ يشترط أن يحكم ويلزم المدعى عليه بشيء في حالة ثبوت الدعوى مثلاً لو اعار أحد آخر شيئاً وظهر شخص آخر وادعى قائلاً: أنا من ذويه فليعرني إياه لا تصح دعواه. كذلك لو وكل أحد آخر بخصوص ما فظهر شخص آخر وادعى بقوله: أنا جاره وبوكالته انسب فلا تصح دعواه. لأن لكل واحد أن يعير ماله من شاء وأن يوكل بأموره من يشاء وعليه فبتقدير ثبوت هذه الدعاوى وأمثالها لا يترتب في حق المدعى عليه حكم ما).

يشترط أن يحكم ويلزم المدعى عليه بشيء في حالة ثبوت الدعوى بأحد الحجج الثلاثة وهي: الإقرار والبينة والنكول عن اليمين وإلا تكون الدعوى والإثبات عبثاً والعاقل لا يشتغل بالأمور التي هي عبث.

المسائل التي تتفرع عن ذلك:

المسألة الأولى ـ مثلاً لو أعار أحد آخر أجنبياً وظهر شخص آخر وادعى بقوله: أنا من ذوي المعير فليعرني ذلك الشيء لا تصح دعواه. لأن الإعارة عبارة عن تمليك الغير المنافع المملوكة مجاناً وهي من التبرعات ولا يجوز الاجبار على التبرعات وعلى التمليكات. وشرط صحة التمليكات أن تقع طوعاً ورضاء.

المسألة الثانية ـ كذلك لو وكل أحد آخر بخصوص ما فظهر شخص آخر وادعى بقوله أنا جاره وبوكالته انسب فليوكلني لا تصح دعواه لأنه كما هو مذكور في المادة (١١٩٢) أن لكل واحد أن يعير ماله من يشاء أو يوكل بأموره من يشاء وعليه فبتقدير ثبوت هذه الدعاوى وأمثالها لا يترتب في حق المدعى عليه حكم ما.

المسألة الثالثة ـ لو ادعى المدعي قائلاً: بأن هذا الرجل قد وكلني في الخصوص الفلاني في مواجهة المدعى عليه الحاضر المنكر لا تصح دعواه حيث أنه حسب المادة (١٥٢١) للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة. ففي حالة ثبوت دعواه لا يترتب عليها حكم ما (رد المحتار والهندية).

المسألة الرابعة ـ لو ادعى المدعي قائلاً أن هذا المدعى عليه يريد بيع ماله الفلاني لآخر فليبعه لي وسأدفع له ما يريد من الثمن فلا تسمع دعواه.

المسألة الخامسة ـ لو ادعى أحد الورثة بأن مورثهم قد اشترى الدار التي هي من التركة في

مرض موته فدعواه غير صحيحة عند الإمام الأعظم. أنظر المادة (٣٩٣) وشرحها (الهندية).

المسألة السادسة - لو ادعى المدعي قائلاً إن فلاناً قد وكلك بتسليم المتاع الذي اشتريته منه فسلمه لي فلا تسمع دعواه حتى لو أن المدعي أثبت وكالة المدعى عليه بذلك فلا يلزم المدعى عليه تسليمه. لأنه لا يجبر الوكيل على إيفاء لوازم الوكالة.

المسألة السابعة - لو ادعى المدعي على آخر قائلاً إن وكيلي قد اشترى هذا المال منك لي فسلمه لي فلا تسمع دعواه. أنظر المادة (١٤٦١).

نتيجة تكمل شروط الدعوى - إذا تكملت شروط الدعوى وأصبحت الدعوى صحيحة يسأل القاضي المدعى عليه قائلاً: إن المدعي يدعي منك على هذا الوجه فماذا تقول حتى ينكشف وجه الحكم ولو لم يطلب المدعي استجواب المدعى عليه (البحر) ففي هذه الصورة إذا أجاب المدعى عليه على دعوى المدعي قائلاً: سأنظر أو سأفكر أو لا أعرف الملك المدعى به هو لي فلا يكون قد أجاب على دعوى المدعي ويجبره القاضي حينئذ على اعطاء الجواب (الهندية). وتوجه السؤال على المدعى عليه مشروط بصحة الدعوى على الوجه المحرر أعلاه أما إذا كانت الدعوى غير صحيحة فلا يتوجه على المدعى عليه جواب ولا يكون المدعى عليه مجبوراً على الجواب.

فإذا كانت الدعوى صحيحة واستجوب المدعى عليه فإذا أقر فبها. وإذا أنكر تطلب البينة من المدعي أنظر المادة (١٨١٧) فإذا أثبت المدعي فيها وإلا يحلف المدعى عليه بطلبه. لأن اليمين يكلف في جميع الدعاوى بطلب من المدعي إلا في الأربع مسائل المذكورة في المادة (١٧٤٦) (الدرر المختار).

يشترط أن لا يكون في الدعوى تناقض. فعليه لو أقر أحد بمال لآخر ثم ادعى ذلك المال قائلاً: إنه اشتراه قبل إقراره المذكور فلا تسمع دعواه. أما إذا ادعى أنه اشتراه بعد الاقرار أو ادعى الشراء مطلقاً تقبل (الهندية). أنظر المادتين(١٦٤٧ و ١٦٤٨) والمادة (١٦٥٧) وشرحها.

الفصل الثاني

في حق دفع الدعوى

لا يشترط في صحة الدفع صحة الدعوى فلذلك لو دفع المدعى عليه الدعوى الغير صحيحة بدفع صحيح واثبته يقبل (الانقروي).

الدفع على الإطلاق قسمان:

القسم الأول ـ دفع الدعوى وهذا القسم هو الذي يبين في هذا الفصل.

القسم الثاني ـ دفع الخصومة وهذا القسم سيفصل في المادة (١٦٣٧) الواردة في الفصل الثالث.

أنواع دفع الدعوى ـ الدفع خمسة أنواع:

النوع الأول ـ الدفع ـ النوع الثاني ـ دفع الدفع ـ النوع الثالث ـ الدفع قبل الحكم ـ النوع الرابع ـ الدفع بعد الحكم ـ النوع الخامس ـ الدفع الغير صحيح؛ وسنوضح هذه الأنواع في هذا الفصل.

المادة (١٦٣١) ـ (الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي مثلاً إذا ادعى أحد من جهة القرض كذا قرشاً وقال المدعى عليه أنا كنت اديت ذلك أو إنك ابرأتني من ذلك أو كنا تصالحنا أو ليس هذا المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته لك أو أن فلاناً قد حولني عليك بمطلوبي منه كذا درهماً وأنت دفعت لي المبلغ المذكور يكون قد دفع دعواه، وكذلك إذا ادعى أحد على آخر بقوله: أنت كنت قد كفلت مطلوبي الذي في ذمة فلان كذا دراهم وقال المدعى عليه: إن المدين قد ادى ذلك المبلغ يكون قد دفع دعوى المدعي، وكذا إذا ادعى أحد بالمال الذي هو في يد غيره بأنه مالي وأجاب عليه بأنك حينما ادعى هذا المال فلان كنت قد شهدت لدعواه يكون قد دفع دعوى المدعي. وكذلك لو ادعى أحد من تركة الميت كذا دراهم وأثبت دعواه بناء على إنكار الوارث ثم ادعى الوارث بعد ذلك أن المتوفي كان قد ادى هذا المبلغ أو أن الدائن قد ابرأه منه حال حياته يكون قد دفع دعوى المدعي).

الدفع شرعاً، هو الإتيان بدعوى (قبل الحكم أو بعده) من قبل المدعى عليه تدفع أي ترد وتزيل دعوى المدعي. ولإزالة الدور الباطل من التعريف لزم أن يقصد معنى الرد من المعنى الشرعي في العرف والمعنى اللغوي في التعريف، فلذلك كان من المناسب في بدل الدفع الثاني استعمال لفظ الرد.

ففي هذه الصورة إذا بين المدعى عليه بعد أن أثبت المدعي دعواه بأنه سيدفع الدعوى فيسأل القاضي المدعى عليه ما هو دفعه؟ فإذا كان الدفع الذي بينه صحيحاً يمهله إلى المجلس الثاني ولا يعجل بالحكم وإذا كان فاسداً فلا يلتفت إليه (الهندية).

قيل من قبل المدعى عليه. يشار بهذا القول إلى أن الدفع يجب أن يكون من طرف المدعى عليه وعليه فالدفع الذي يقام من طرف آخر لا يقبل ولا يسمع (البحر).

مثلاً لو ادعى المدعي عشرة دنانير من المدعى عليه وأثبتها ثم جاء جار المدعى عليه أو أبوه وادعى أن المدعى عليه قد أدى ذلك المبلغ أو أن المدعي قد أبرأ المدعى عليه من المدعى به فلا تسمع. ويستثنى من ضابط وجوب حصول دفع الدعوى من المدعى عليه مسألتان وهما:

١ - إذا كان المدعى عليه أحد الورثة فللورثة الآخرين دفع الدعوى. لأنه حسب المادة (١٦٤٢) يقوم بعض الورثة عن جميع الورثة فلذلك إذا كان الطالب قد ادعى مالا في حضور أحد الورثة وجاء وارث آخر إلى مجلس القاضي وأقام البينة على أن المدعي قد أقر بأنه مبطل في دعواه تقبل. أنظر المادة (١٦٤٢). (البحر).

كذلك لو ادعى أحد بأن العقار المعلوم الذي تحت يد آخر موروث له مع أخيه الغائب ودفع المدعى عليه دعواه بقوله: إن مورثك فلاناً قد أقر في حياته بأن هذا العقار ملكي فيقبل هذا الدفع وترد دعوى المدعي لدى إثباته فلو جاء بعد ذلك الأخ الغائب ودفع دفع المدعى عليه قائلاً: قد اقررت بعد وفاة مورثي بأن هذا العقار من تركة مورثي فيكون قد دفع دفع المدعى عليه (الهندية).

ويستفاد من هذا أن المعتبر في الاقرارات هو الإقرار الأخير (الكفوي).

أما إذا لم يذكر تاريخ الاقرارات فتتهاتر الاقرارات ويبقى المال المدعى به في يد ذي اليد (الخانية) أنظر شرح المادة (١٦٢٨).

كذلك لو ادعى المدعي في مواجهة زيد من الورثة بأن له خمسين ديناراً ديناً من تركة المتوفي وأثبت دعواه بإقامة البينة فتصالح زيد مع هذا المدعي على ثلاثين ديناراً فجاء بعد ذلك بكر من الورثة ودفع دعوى المدعي قائلاً: إن مورثي قد أوفاك هذا المبلغ بالتمام وعليه فدعواك باطلة وأثبت ذلك يقبل أما إذا دفع هذا الدفع زيد الذي عقد الصلح فلا يقبل (الهندية) أنظر المادة (١٥٦٥).

٢ - إذا ضبط من يد المشتري المال المشترى بالاستحقاق فإذا أقام البائع البينة بأن المستحق قد باعه ذلك المال قبل بيعه للمشتري تقبل دعواه ولو لم تكن على البائع (جامع الفصولين).

المسائل المتعلقة بدفع الدعوى.

المسألة الأولى ـ مثلاً إذا ادعى أحد على آخر كذا قرشاً من جهة القرض وقال المدعى عليه: أنا كنت اديت ذلك لك أو لوكيلك بالقبض فلان، أو إنني ارسلته لك بيد فلان وهو أداه لك، أو أنني فوضت لك بإذن صاحب الأرض الأرض التي تحت تصرفي مقابل ذلك الدين وقد تفوضت الأرض المذكورة؛ أو أنت كنت أبرأتني من ذلك أو أنت وهبتني ذلك الدين، أو كنا تصالحنا على المبلغ المذكور أو من الدعوى المذكورة. بكذا دراهم، أو كنا تصالحنا على كذا مالاً، أو تصالحت مع وكيلك فلان الوكيل بالصلح فلك أخذ بدل الصلح فقط، أو قال إنني أعطيت ذلك أي بدل الصلح؛ أو أن كذا مقداراً من المبلغ المذكور قرض وما عداه ربا، أو أن هذا المبلغ لم يكن قرضاً بل هو ثمن المال الذي بعته لك، أو بدل إجار الذي أجرته لك أو إنك أعطيتني إياه أجرة للخدمة التي قمت لك بها، أو أنك أعطيتني ذلك المبلغ لأعطيه للشخص الفلاني وقد أعطيته له، أو أنك اقررت بأن فلاناً قد أخذ ذلك المبلغ مني بأمرك، (أو أن فلاناً قد حولني عليك بمطلوبي منه كذا قرشاً) وقد قبل كلُ منا الحوالة (وأنت دفعت لي المبلغ المذكور) بناء على تلك الحوالة فيكون قد دفع دعوى المدعي (علي أفندي والنتيجة والهندية).

المسألة الثانية ـ وكذا إذا ادعى احد أو ادعى ورثته بعد وفاته على آخر بقوله: أنت كنت قد كفلت مطلوبي الذي في ذمة فلان كذا دراهم وادعي المبلغ المذكور من جهة الكفالة وأقر المدعى عليه بكفالته إلّا أنه ادعى أن المدين ادى ذلك المبلغ، أو أن المدعي ابرأ المدين فيكون قد دفع دعوى المدعي (النتيجة) أنظر المادتين (٦٥٩ و٦٢٢).

مثلاً لو ادعى الورثة قائلين للمدعى عليه: انك كفلت الدين المطلوب من ذمة فلان لمورثنا فادعى المدعي عليه قائلاً: ان الاصيل قد ادى المبلغ المذكور إلى مورثكم أو اليكم، أو ان مورثكم قد ابرأ المدين أو إنه قد ابرأني من الكفالة، أو أنكم بعد وفاة مورثكم قد ابرأتموني من الكفالة أو انكم ابرأتم المدين فيكون قد دفع دعوى المدعي.

المسألة الثالثة ـ وكذا إذا ادعى احد بالمال الذي هو في يد غيره بأنه ماله فاجاب عليه بانك حينما أدعى هذا المال فلان كنت قد شهدت لدعواه، أو أنك كنت وهبتني هذا المال وسلمته لي يكون قد دفع دعوى المدعي. أنظر المادة (١٦٤٨) (النتيجة والبهجة) سواء صدر حكم على تلك الشهادة أو لم يصدر (الخلاصة).

المسألة الرابعة ـ وكذلك لو ادعى احد من تركة الميت كذا دراهم واثبت دعواه بناء على انكار الوارث بقوله للمدعي لاحق لك ثم ادعى الوارث ان المتوفي كان قد ادعى هذا المبلغ في حال حياته أو أن الدائن قد ابرأ المتوفي منه يكون قد دفع دعوى المدعي (علي افندي) ولا يحصل تناقض بين الأنكار المذكور وبين ادعاء الاداء. لأن انكار الوارث بقوله أن مورثنا غير مدين لك يشمل بأن مورثهم لم يكن مديناً اصلاً وأساساً ويشمل أيضاً بأنه كان مديناً وأصبح غير مدين باداء الدين أو بالابراء منه فلذلك أذا اريد المعني الثاني فلا يكون تناقضاً.

المسألة الخامسة ـ أذا أدعى المدعي من وارث المتوفي مالاً وأبرز سنداً محتوياً اقرار المتوفي وأدعى الوارث بأن المقر له الذي هو المدعي قد رد أقرار مورثه فيكون قد دفع دعواه. كما أنه لو ادعى المدعى عليه بأن اقرار المتوفي كان تلجئة ومواضعة فهو دفع أيضاً وعند بعض الفقهاءِ أن للمدعى عليه تحليف المدعي اليمين (الخانية).

كذلك لو ادعى احد من آخر قائلاً: أن لي في ذمتك من جهة القرض كذا ديناراً حتى أنك قد اقررت بأنك مدين لي من الجهة المذكورة فادعى المدعى عليه بأن اقراره المذكور كان على طريق المواضعة وفسر المواضعة واثبت مدعاه فيكون قد دفع دعوى المدعي (النتيجة).

المسألة السادسة ـ إذا ادعى الوارث من آخر قائلاً: أن مورثي المتوفي قد اودعك كذا ديناراً فادعى المدعى عليه بأن المتوفي كان مديناً له بذلك المقدار وأنه دفع المبلغ المذكور له إيفاء للدين المذكور فيكون قد دفع دعوى المدعي (علي افندي).

المسألة السابعة ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: أن هذا الرجل قد اخذ مالي الفلاني بغير حق وهلك في يده فاجابه المدعى عليه قائلاً: أن ذلك المال كان ملكي وقد اخذته بحق واثبت ذلك بالبينة فيكون قد دفع دعوى المدعي. كذلك إذا كان المال المذكور موجوداً عيناً في يد الآخذ وقام الأثنان لاثبات مدعاهما بالبينة ترجح بينة الاخذ. لان الطرفين قد تصادقا بأن المدعي ذو اليد على هذا المال والآخذ خارج وبينة الخارج أولى. أنظر المادة (١٧٥٧).

المسألة الثامنة ـ إذا ادعى المدعي من آخر قائلاً: أن المدعى عليه قد اخذ وغصب مالي الفلاني الذي قيمته كذا وهلك في يده وأنكر المدعى عليه وعند اقامة المدعي البينة قال المدعى عليه: انني اخذت ذلك المال منك بأذنك وأثبت دعواه فيكون قد دفع دعوى المدعي (النتيجة). أنظر المادة (٧٧١).

المسألة التاسعة ـ لو ادعى المدعي قائلاً: أن فلاناً قد وكلني بقبض الوديعة الفلانية التي هي تحت يدك وأقام البينة على ذلك فادعى المدعى عليه: بأن المودع قد اخرج المدعي من وكالته وأقام البينة على ذلك تقبل وتندفع الدعوى (الهندية).

المسألة العاشرة ـ إذا ادعى الوكيل بقبض المال الوكالة واثبتها بالبينة وحكم القاضي بثبوت وكالته ثم ادعى المطلوب منه بأن الموكل الطالب قد توفي قبل الدعوى وأنه لم يبق للوكيل حق الخصومة واثبت ذلك تندفع دعوى المدعي (الهندية).

المسألة الحادية عشرة ـ إذا طلب المودع الوديعة وأدعى المستودع بعد اقراره بالوديعة بأنه سلمها لفلان بأذن المودع وأنكر المودع الأمر والأعطاء فإذا اثبت المستودع الأمر بالدفع والأعطاء فتندفع دعوى المدعي وإلّا لزم الضمان. أنظر المادة (٧٩٠) وشرح المادة (٧٨٩) (النتيجة).

المسألة الثانية عشرة ـ لو ادعى المدعي عليه قائلاً للمدعي: ان المبلغ الذي تدعيه مني هو مال ميسر (قمار) أو ثمن خمرة وأقام البينة على ذلك يقبل (الهندية).

المسألة الثالثة عشرة ـ لو ادعى المدعى من آخر قائلاً: انك قد اخذت وغصبت من مزرعتي اغنامي التي تساوي كذا ديناراً وقد استهلكتها ببيعها وتسليمها لآخر فضولاً فكن ضامناً لها فأجاب المدعى عليه انك قد وكلتني ببيع اغنامك وقد بعت تلك الأغنام بأذنك بثمن المثل وسلمتك أثمانها واثبت مدعاه فيكون قد دفع دعوى المدعي (النتيجة).

المسألة الرابعة عشرة ـ إذا ادعى المدعي على زوجة المتوفي قائلاً: بأن الدار التي تحت يدك قد باعها لي المتوفي في حال صحته في التاريخ الفلاني بثمن معلوم وسلمها لي وأدعت المدعى عليها قائلة: بأن المتوفي قد وهب لي تلك الدار في حال صحته وقبل التاريخ المذكور واثبتت مدعاها فتندفع دعوى المدعي (علي افندي).

المسألة الخامسة عشرة ـ لو ادعى المدعي على المال الذي في يد آخر بأنه مالي وأن فلاناً قد باعه لك فضولاً فاجابه المدعى عليه بأنك بعت لي ذلك المال بالذات أن أنك قد وكلت الشخص المذكور في بيع مالك المذكور وهو باعه وسلمه لي فتندفع دعوى المدعي (الهندية).

المسألة السادسة عشرة ـ لو أدعى المدعي على الأرض أو البستان الذي في يد آخر بأنه ملكه فأجابه المدعى عليه بأنك قد طلبت شراء أو استئجار أو استيهاب أو استيداع هذا المال أو ساومت أو طلبت اخذها مزارعة أو اخذ البستان مساقاة مني أو من فلان فتندفع دعوى المدعى أنظر المادرة (١٥٨٣) حتى أن المدعي لو اراد توفيق ذلك قائلاً: أن الأرض أو البستان المذكور هو ملكي إلاّ أنه حيث أن المدعى عليه قد قبضه ولم يرجعه لي قد طلبت شراءه. فلا يقبل توفيقه هذا (الانقروي).

المسألة السابعة عشرة ـ إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً: قد بعتك ثمانية خيول بكذا درهما وسلمتها لك فاد لي الثمن المذكور فأجابه المدعى عليه قائلاً: قد بعتك ثمانية خيول بكذا درهماً وسلمتها لك فاد لي الثمن المذكور فاجابه المدعى عليه قائلاً: انك لم تبعني الخيول المذكورة بل انك سلمتها لي لكي أسلمها إلى فلان وقد سلمتها له فتندفع دعوى المدعي.

المسألة الثامنة عشرة ـ إذا ادعى المدعي بأنه اكره على البيع والتسليم وأدعى عليه المشتري قائلاً: قد قبضت ثمن المبيع مني طائعاً أو ادعى الواهب وقوع الهبة كرهاً عنه وأدعى الموهوب له قائلاً: قد اخذت مني العوض طائعاً فتندفع دعوى المدعي. كذلك إذا ادعى المدعي الأكراه بالبيع والتسليم وأثبت مدعاه فأجابه المدعى عليه قائلاً: ان البيع وقع كذلك إلاّ أنك بعد زوال الأكراه قد بعت لي عن طوع ذلك قال واثبت مدعاه فتندفع دعوى المدعي.

المسألة التاسعة عشرة ـ إذا ادعى المدعي من آخر قائلاً: ان لي في ذمتك ديناً كذا درهماً حتى أنك قد اقررت بذلك وأدعى المدعى عليه بأن الاقرار المذكور وقع بالأكراه المعتبر فتندفع دعوى المدعى. أنظر المادة (١٠٠٦) ولا لزوم لذكر اسم المجبر ونسبه (الهندية).

المسألة العشرون ـ إذا ادعى المدعي من آخر قائلاً: قد اعطيتك قرضاً كذا ديناراً فاجابه المدعى عليه قائلاً: أن المبلغ المذكور قد ارسله لي فلان هدية وقد ارسله معك وقد سلمتني إياه في الرسالة عن فلان حتى أنك قد اقررت بأنك سلمتني إياه على الوجه المذكور فيكون قد دفع دعوى المدعي.

المسألة الحادية والعشرون ـ إذا ادعى المدعي بأن المال الذي في يد آخر هو ماله فاجابه الآخر قائلاً. انك قد أقررت بأن المال المذكور لم يكن لك فيكون قد دفع دعوى المدعي.

المسألة الثانية والعشرون ـ إذا ادعى المدعي عشرين ديناراً من آخر وابرز سنداً ناطقاً بذلك وأدعى المدعى عليه بأن المدعي قد سلمه عن كل دينار أربع ريالات فضة وأنه اخذ السند بعشرين ديناراً فيكون قد دفع دعوى المدعي (الهندية).

المسألة الثالثة والعشرون ـ إذا ادعى المدعي على آخر بأن له في ذمته كذا درهماً فاجابه المدعى عليه بأنني لم آخذ منك شيئاً كما أنني لا اعرفك فأقام المدعي البينة فأدعى المدعى عليه بأن المدعي قد اقر بأن المبلغ المذكور قد أدى له أو أنه ادى له منه أي من المدعى عليه وأثبت مدعاه فتندفع دعوى المدعي ولا يكون ذلك تناقضاً. لأن التناقض لا يمنع صحة الاقرار (الأنقروي والدرر).

كذلك إذا ادعى المدعي بأن لي ديناً كذا ديناراً فأنكر المدعى عليه قائلاً: ليس لك عليَّ أي حق مطلقاً فأقام المدعي البينة فأدعى المدعى عليه بأنه قد اوفى الدين أو أن المدعي قد ابرأه منه فيقبل ولو كانت اقامة هذه البينة بعد الحكم. لا مكان التوفيق لأن غير الحق قد يقصى ويبرأ منه دفعاً للخصومة وأن زاد كلمة لا اعرفك أو نحوه كما رأيتك أو ما جرى بيني وبينك معاملة أو مخالطة أو خلطة أولا أخذ ولا أعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان لا يعذر لتعذر التوفيق.

المسألة الرابعة والعشرون ـ لو اقرض احد كذا ديناراً لاشخاص عديدين ثم توفي بعد الاقراض وترك زوجته وورثة آخرين ثم أن الزوجة المذكورة اخذت المبالغ المذكورة من المقرضين فأدعى الورثة الآخرون قائلين لها: ادِ لنا حصتنا في المبلغ المذكور واجابت الزوجة على دعواهم قائلة أن المبلغ المذكور هو ملكي وقد وكلت مورثكم بالأقراض وقد اقرضه للأشخاص المذكورين بوكالته عني حتى انه قد اقر بذلك في حال صحته واثبتت الاقرار المذكور تكون قد دفعت دعوى المدعين (على افندي).

المسألة الخامسة والعشرون ـ إذا ادعى المدعي قائلاً لآخر: قد غصبت مالي الفلاني وأجاب المدعى عليه أنني قد اعرتك ذلك المال ثم استرددته منك فيكون قد دفع دعوى المدعى. سواء كان المال المذكور موجوداً أو كان تالفاً في يد المدعى عليه. لأن حاصل دعوى المدعي هو الضمان والمدعى عليه إنما هو دافع لدعوى المدعي (النتيجة).

المسألة السادسة والعشرون ـ إذا ادعى المدعي من آخر كذا درهماً ديناً ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً أنني قد اديت ذلك اليك وأنكر المدعي القبض ولم يثبت المدعى عليه الاداء فاذا ادعى

المدعى عليه قائلاً انك ابرأتني من المبلغ المذكور واثبت مدعاه هذا فيكون قد دفع دعوى المدعي وليس في ذلك تناقض (النتيجة).

المسألة السابعة والعشرون ـ إذا ادعى المدعي بأن الدار التي في يد آخر هي داره فأثبت المدعى عليه بأن المدعي قد باع تلك الدار بكذا ديناراً لفلان الغائب فتبطل دعوى المدعي إلّا أنه لا يثبت الشراء في حق الغائب ما لم يشهد الشهود بأن المدعي قد باع الدار لفلان الغائب وأنه قد قبضها منه (الخانية).

المسألة الثامنة والعشرون ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: ان هذا الرجل أخذ مني كذا مالاً فأجابه المدعى عليه قائلاً: قد اقر هذا المدعي بأنه اخذ ذلك المال من وكيلي فلان وأثبت ذلك فيكون قد دفع دعوى المدعي وأصبحت دعوى المدعي باطلة (الخانية).

المسألة التاسعة والعشرون ـ إذا ادعى المشتري على البائع طالباً استرداد ثمن الفرس المباعة بعد أن استحقت المباعة من يده فادعى البائع أن الفرس المذكورة هي في ملكه أو أنها نتاج في ملك بائعه أو أنه اشتراها من المستحق واثبت ذلك يتخلص من مطالبة المشتري له بثمن المبيع ولا يشترط في ذلك حضور المستحق (الانقروي).

المسألة الثلاثون ـ إذا ادعى المدعي على آخر فأقام المدعى عليه بينة بأن المدعي قد اقر بأنه مبطل في دعواه أو أنه قال ان شهودي كاذبون أو ليس لي عند المدعى عليه أي شيء فيكون قد دفع دعوى المدعي (رد المحتار).

واقعة الفتوى ـ إذا ادعى احد على آخر قائلاً: ان لي في ذمته كذا ديناراً فأجابه المدعى عليه بأني اخذت منك ذلك المبلغ إلّا أنك قد سلمتني وأقرضتني ذلك المبلغ بالرسالة عن زيد فهل يعد قول المدعى عليه هذا انكار ويجب على المدعي أن يثبت الأقراض أو هل يعد قوله هذا دفعاً للدعوى ويجب على المدعى عليه إثبات أن المدعي كان رسولاً من جانب زيد؟.

المسألة الحادية والثلاثون ـ إذا ادعى المدعي الشراء وأنكر البائع فأثبت المشتري الشراء بالبيّنة فادعى البائع إقالة البيع فيكون قد دفع دعوى المدعي (التكملة والأنقروي).

المسألة الثانية والثلاثون ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذه العين كانت ملكاً لفلان وقد رهنها وسلمها لي مقابل كذا ديناراً وأقام البيّنة على ذلك فادعى المدعي عليه قائلاً: قد اشتريت هذا المال من ذلك ودفعت له الثمن فيكون قد دفع دعوى الرهن (التكملة).

المسألة الثالثة والثلاثون ـ إذا ادعى المدعي أربعمائة درهم وأنكر المدعى عليه ذلك فأثبت المدعي دعواه بالبيّنة وأقرّ بعد ذلك بأنه مدين للمدعى عليه بثلاثمائة درهم فيسقط ثلاثمائة درهم عن المدعى عليه بطريق التقاص، قال بعضهم بأنه لا يسقط، لأن المدعى عليه منكر وذمته غير مشغولة حسب زعمه فلا يقع التقاص، وقد قيل عن هذا القول وعليه الفتوى (الدر المختار).

المسألة الرابعة والثلاثون ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: قد أعطيت هذا المدعى عليه عشرة دنانير وادعى المدعى عليه قائلاً: إنك أعطيتني ذلك المبلغ لأعطيه إلى فلان وقد أعطيته له فيكون دفعاً (الهندية في الباب الثالث من الدعوى).

مثلاً: لو ادعى زيد على عمرو قائلاً: قد أعطيتك كذا دراهم رشوة للخصوص الفلاني فأجابه عمرو بأنك أعطيتني المبلغ المذكور لكي أعطيه إلى بكر وقد أديته إلى بكر بأمرك وأقام البيّنة على مدعاه فيكون قد دفع دعوى زيد (هامش البهجة في الدعوى).

المسألة الخامسة والثلاثون ـ إذا ادعى زيد على عمرو قائلاً: قد أقرضتك كذا ديناراً فاعطني إياها فأجابه عمرو قائلاً: نعم قد أديت لي كذا ديناراً إلاّ أنك أمرتني بإعطائها لبكر وأنا قد أعطيتها له بناء على أمرك وأقام البيّنة على مدعاه فيكون قد دفع دعوى زيد (البهجة في الدعوى).

المسألة السادسة والثلاثون ـ لو قال أحد لآخر: قد أخذت منك عشرة دنانير وديعة وقد تلفت في يدي فأجابه الآخر قائلاً قد أخذتها مني غصباً فإذا أثبت ذلك الرجل بأنها دنانير سلمت له وديعة فبها. وإلاّ فيحلف الآخر بأنه لم يعطها وديعة فإذا نكل عن اليمين فتثبت أنها وديعة ولا يلزم الضمان وإلاّ يلزم الضمان على الآخر. لأن المقر قد أقر بأخذ المال الذي هو سبب الضمان وادعى الحال الذي يوجب البراءة أي ادعى أخذ المال بأذن صاحبه.

المسألة السابعة والثلاثون ـ إذا قال أحد لآخر قد أخذت منك عشرة دنانير وديعة وقد تلفت في يدي فأجابه الآخر قائلاً: كلا قد أخذتها قرضاً فالقول للمقر. كذلك إذا قال المقر بأنني أخذت هذا المال منك وديعة فأجابه المقر له: كلا بل أخذته بيعاً فالقول للمقر (الشرنبلالي في الإقرار والهندية في الباب الثاني من الإقرار بزيادة).

مسائل تتعلق بدفع الدفع ـ كما أن دفع الدعوى صحيح فدفع الدفع وما يزيد عليه صحيح أيضاً وإن قيل أنه لا يصح إذا زاد عن ثلاث درجات (البحر).

وقد ورد في نور العين بأن دفع الدفع من المدعى عليه ليس بتعديل للشهود حتى لو طعن في الشاهد أو في الدعوى يصح.

المسألة الأولى ـ إذا ادعى المدعي الملك المطلق في مال وادعى المدعى عليه بأنه اشتراه من المدعي وادعى المدعي بعد ذلك قائلاً بأننا تقايلنا البيع فيكون قد دفع المدعى عليه (البحر).

كذلك لو ادعى المدعي على المال الذي في يد آخر بأنه ملكه قد ورثه عن أبيه فادعى المدعى عليه قائلاً: إنني اشتريت هذا المال من أبيك وادعى المدعي قائلاً: وإن كان أبي باعك هذا المال إلاّ أنكما قد تقايلتما البيع فيكون دفعاً للدفع (الهندية) ولو ادعى عليه داراً في يده أرثاً أو هبة وبرهن المدعى عليه أنه اشتراها منه وبرهن المدعي على إقالته صح دفع الدفع كما في الوجيز (التكملة).

المسألة الثانية ـ إذا ادعى المدعي على الدار التي في يد آخر قائلاً: إنها ملكي وقد غصبها

المدعى عليه مني ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: إنك قد بعتني تلك الدار بالتاريخ الفلاني وسلمتها لي وقبضت الثمن مني وأنكر ذلك المدعي فأقام المدعى عليه البيّنة فادعى المدعي أنك قد أقررت بعد التاريخ المذكور بأن الدار المذكورة هي داري وإن لا علاقة لك بها وأثبت إقراره هذا فيكون قد دفع المدعى عليه (البهجة).

المسألة الثالثة ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: إن المال الذي في يدك هو لي ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً إن هذا المال قد أودع لي من الشخص الفلاني فدفع المدعي الدفع بأن المال المذكور كان وديعة في يدك من فلان إلّا أنه قد وهبني إياه أو باعه مني صح . وفي هذه الصورة يثبت الهبة أو البيع وإذا لم يثبت ونكل المدعى عليه عن حلف اليمين على وقوع الهبة أو البيع فيثبت حق خصومة المدعي وتندفع مدافعات المدعى عليه المتعلقة بدفع الخصومة (الهندية).

المسألة الرابعة ـ لو ادعى الصبي بعد البلوغ قائلاً: إن وصيي قد باعك هذه الدار وسلمها لك بدون مسوغ شرعي فأجابه المدعى عليه بأن الوصي قد باع تلك الدار لأجل الدين المثبت فدفع المدعي دفعه قائلاً: إن الوصي قد باع الدار مع وجود منقولات تكفي لإيفاء الدين فيكون قد دفع دفع المدعى عليه.

المسألة الخامسة ـ لو ادعى المدعي من آخر عشرة دنانير ديناً من جهة القرض فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: نعم قد أخذت منك تلك قرضاً إلّا انني قد أديتها لك تماماً فدفع المدعى دفعه قائلاً: إنك قد أمرتني أن أؤد تلك العشرة دنانير إلى فلان وقد سلمتها بالتمام له وأنكر المدعى عليه الأمر وأقام المدعي البيّنة على مدعاه دفع الدفع فيأخذ المبلغ المذكور بالتمام من المدعى عليه.

المسألة السادسة ـ لو ادعى المدعي على العقار الذي في يد آخر بأنه ملكه وأن المدعى عليه قد ضبطه غصباً فدفع المدعى عليه دعواه قائلاً: بأن المدعي قد أبرأه في التاريخ الفلاني من جميع الدعاوى فدفع المدعي الدفع قائلاً. بأنك قد أقررت بعد التاريخ المذكور أنه ملكي وإن لا علاقة لك به وأثبت ذلك فيكون قد دفع المدعى عليه. أنظر المادة (١٣٦٣) وشرحها (علي أفندي).

المسألة السابعة ـ لو ادعى المدعي على آخر قائلاً: إن الدار التي في يدك هي ملكي وقد رهنتها وسلمتها لك مقابل كذا دراهم فخذ المبلغ المذكور وسلمني الدار فدفع المدعى عليه دعوى المدعي قائلاً: قد بعتني الدار المذكورة في التاريخ الفلاني مقابل الدين المذكور فدفع المدعي دفعه قائلاً: انك قد أقررت بعد ذلك التاريخ بأن الدار المذكورة هي ملكي وأنها رهن في يدك وأثبت الإقرار فيكون قد دفع دفع المدعى عليه (علي أفندي).

المسألة الثامنة ـ إذا ادعى المدعي من آخر قائلاً: قد أودعتك كذا دراهم فدفع المدعى عليه الدعوىقائلاً: قد فقد المبلغ المذكور في الزمن الفلاني بلا تعد وتقصير مني فدفع المدعي دفعه قائلاً: إنك قد أقررت بعد الزمن المذكور بأن المبلغ المذكور في يدك وأثبت الإقرار المشروح فيكون قد دفع المذكور بطريق دفع الدفع (البهجة).

المسألة التاسعة ـ إذا ادعى المدعي من آخر قائلاً: إن لي في ذمتك عشرة دنانير من جهة القرض فدفع المدعى عليه قائلاً: إنك أبرأت ذمتي في الزمن الفلاني من المبلغ المذكور وأقام البيّنة على مدعاه هذا فدفع المدعي الدفع قائلاً: وإن كنت أبرأتك من المبلغ المذكور إلّا أنك لم تقبل الابراء فرددته ثم أقررت بعد ذلك بأنك مدين لي بذلك المقدار من الدنانير من الجهة المذكورة وأقام البيّنة على الإقرار المذكور فيكون قد دفع المدعى عليه فله أخذ ذلك المبلغ منه (النتيجة).

المسألة العاشرة ـ إذا ادعى المدعي من آخر قائلاً: إن لي في ذمتك كذا دراهم من جهة القرض فأجابه المدعى عليه قائلاً قد أبرأتني من المبلغ المذكور فدفع المدعي دفعه قائلاً: إن الابراء المذكور كان بطريق المواضعة وفسر المواضعة وأثبت مدعاه هذا فيكون قد دفع الدفع.

المسألة الحادية عشرة ـ إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك كذا ديناراً من جهة القرض فدفع المدعى عليه دعوى المدعي قائلاً: قد أبرأت ذمتي في الزمن الفلاني من المبلغ المذكور وأنكر المدعي ذلك فأثبت المدعى عليه الأبراء فدفع المدعي الدفع قائلاً: إنك قد أقررت بأنك مدين لي بذلك المقدار من الدنانير بعد ادعائك البراءة وأثبت ذلك فيكون قد دفع دفع المدعى عليه أما لو قال المدعي قد أقررت بعد أن أبرأتك فلا يقبل دفعه (على أفندي والهندية). أنظر شرح المادة (١٥٦٣).

كذلك لو ادعت الزوجة المطلقة على زوجها قائلة: إن لي في ذمتك كذا درهماً صداقي فدفع الزوج دعواها قائلاً: إنك قد أبرأتيني في التاريخ الفلاني من الصداق المذكور وأنكرت المرأة وأقام الزوج البيّنة على مدعاه فادعت الزوجة بأن الزوج قد أقر بعد التاريخ المذكور بأنه مدين لها بذلك الصداق وأثبتت الإقرار المذكور فتكون قد دفعت دعوى زوجها وتأخذ صداقها منه (علي أفندي).

مسائل تتعلق بالدفع بعد الحكم ـ كما يصح الدفع قبل الحكم يصح الدفع بعد الحكم في بعض مسائل كما هو مذكور في المادة (١٨٤٠) ونذكر هنا بعض تلك المسائل على الوجه الآتي:

المسألة الأولى: إذا ادعى المدعي على مال في يد آخر بأنه ملك لمورثه وأنه أصبح موروثاً له فأنكر المدعى عليه دعواه فأثبت المدعي وحكم له بذلك وأخذ ذلك المال فإذا دفع المدعى عليه بعد ذلك قائلاً: إنني كنت اشتريت ذلك المال من مورثك وأثبت ذلك فله استرداد المال من المدعي. أنظر المادة (١٧٥٨) (التنقيح).

المسألة الثانية ـ إذا ادعى المدعي على المال الذي في يد آخر قائلاً: إن هذا المال لي قد اشتريته من زيد منذ سنة وأثبت مدعاه وأخذ المدعى به بحكم القاضي فإذا ادعى المدعى عليه بعد ذلك قائلاً: إنني اشتريت ذلك المال من زيد قبل سنتين وأثبت ذلك فله استرداد ذلك المال. أنظر المادة (١٧٦٠).

المسألة الثالثة: إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً إن لي في ذمتك كذا درهماً من جهة القرض فأجابه المدعى عليه بقوله إنك قد وكلت فلاناً بقبض المبلغ المذكور وقد أديت المبلغ المذكور تماماً

لذلك الشخص وأنكر المدعي التوكيل وحلف اليمين ودفع المبلغ للمدعي بعد صدور الحكم ثم أثبت التوكيل بإقامة البيّنة فله استرداد المبلغ المذكور من المدعي (البهجة).

المسألة الرابعة ـ إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك كذا ديناراً من جهة القرض فدفع المدعى عليه دعواه قائلاً: إنني أديت ذلك المبلغ ولم يثبت المدعى عليه مدعاه هذا فحلف المدعي اليمين وأخذ المدعي المبلغ بعد الحكم له فإذا أثبت المدعى عليه بعد ذلك مدعاه بالبيّنة فله استرداد ما أخذه المدعي.

المسألة الخامسة ـ إذا أدعى ورثة المتوفي على آخر قائلين: إن للمتوفي في ذمتك حقاً كذا ديناراً وأنكر المدعى عليه ذلك فأثبت الورثة مدعاهم وأخذوا المبلغ بعد الحكم لهم فإذا ادعى المدعى عليه بعد ذلك بأنه قد أرسل المبلغ المذكور للمتوفي في حياته بيد الشخص الفلاني وأن الشخص المذكور قد أداه له وأثبت ذلك فله استرداد ما دفعه للورثة (علي أفندي).

المسألة السادسة ـ إذا ادعى المدعي على الكرم الذي في يد آخر قائلاً: أنه ملكي فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: قد بعتني هذا الكرم وقبضت الثمن مني وأنكر المدعي ذلك ولم يثبته المدعى عليه فأخذ الكرم فإذا أثبت المدعى عليه بعد ذلك مدعاه يسترد الكرم (علي أفندي) حتى أنه إذا حكم للمدعي على الوجه المشروح في المسألة المذكورة فباع المدعي ذلك الكرم لآخر وأخرجه من يده فإذا دفع المدعى عليه الدعوى على الوجه المحرر أعلاه تقبل على القول الصحيح (البزازية).

المسألة السابعة ـ إذا كفل أحد الحق المطلوب للمدعي من ذمة آخر فتوفي المكفول وطلب المدعي المكفول به من الكفيل فأقر الكفيل بالكفالة ولم يتكلم بغير ذلك وحكم للمدعي بالمبلغ المذكور وبعد أن أداه المدعى عليه ادعى الكفيل قائلاً: إنك أقررت بأنك قد أخذت المبلغ المذكور من المكفول في حياته وأثبت إقراره هذا فله أن يسترد المبلغ المذكور.

المسألة الثامنة ـ إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك كذا ديناراً من الجهة الفلانية فأنكر المدعى عليه وأخذ المدعي المبلغ المذكور من المدعى عليه بعد الإثبات والحكم فإذا ادعى المدعى عليه بعد ذلك قائلاً للمدعي. إنك قد أقررت بأنك مبطل في دعواك أو أنك أقررت بأن شهودك كاذبون أو أنك أقررت بأنه ليس لك عندي أي حق وأثبت إقراره المشروح فله استرداد المبلغ المذكور من المدعي (علي أفندي).

أما في بعض المسائل فلا يكون الدفع بعد الحكم صحيحاً. مثلاً إذا ادعى المدعى عليه بعد الحكم بأن المدعي قد أقر بأن لا حق له في الدار المدعى بها وأراد إثبات ذلك لا يقبل (تكملة رد المحتار).

لم أجد من ذكر قاعدة للمسائل التي يقبل فيها الدفع بعد الحكم وللمسائل التي لا يقبل فيها الدفع بعد الحكم.

المسائل غير المعدودة من الدفع المشروع:

المسألة الأولى ـ إذا أدعى الخارج قائلاً: إن هذا المال لمورثي وقد أصبح لي بوفاته وادعى ذو اليد أن هذا المال كان ملكاً للشخص الفلاني وقد اشتريته منه فلا يكون قد دفع دعوى المدعي فإذا أثبت المدعي دعواه الأصلية فيأخذ ذلك المال من ذي اليد (هامش البهجة).

المسألة الثانية ـ إذا أدعى المدعي قائلاً: إن هذا المال لي حيث قد اشتريته من المدعى عليه وحتى أن المدعى عليه قد أقر بالبيع الواقع وأجاب المدعى عليه بأنه كان مكرهاً في إقراره بالبيع فهذا الدفع غير صحيح. لأنه يحتمل أن يكون البيع وقع طوعاً والإقرار وقع كرهاً واقرار البيع كرهاً لا يخل البيع الذي وقع طوعاً. أما إذا أدعى المدعى عليه الإكراه في البيع والإكراه في الإقرار بالبيع كان الدفع صحيحاً (الهندية).

المسألة الثالثة ـ إذا أدعى المدعي ديناً من المدعى عليه من جهة الكفالة فجاء الأصيل وادعى في مقام الدفع قائلاً: إن هذا المال لا يلزمني حيث كنت مكرهاً في الإقرار بالدين فلا يسمع هذا الدفع (الهندية).

كذلك إذا كفل الكفيل دين آخر فطالبه الدائن بالدين فادعى الكفيل بأن الدين الذي يطلبه المدعي من المدين الأصيل هو ثمن خمر وأراد إقامة البينة على ذلك لا يقبل. أما إذا أقر الدائن بذلك فلا يبقى حكم للكفالة.

كذلك إذا أدعى الكفيل بأن المكفول له قد أقر بأن الدين الذي يطلبه هو ثمن خمر وأنكر المكفول له ذلك وأراد الكفيل إثبات هذا الإقرار بالبينة لا يقبل كما أنه لا يحلف الدائن اليمين إذا عجز عن الإثبات أنظر شرح المادة (٦٤٣). أما إذا أقر المكفول له بذلك أو صدقه تبطل الكفالة.

المسألة الرابعة ـ إذا أراد الكفيل بالأمر بعد أداء الدين الرجوع على المدين فأراد المدين (يعني المكفول عنه) في غياب الدائن إثبات بأن المكفول به ميسر أو ثمن خمر أو ثمن ميتة في مواجهة الكفيل فلا تقبل بينته ويؤمر الكفيل بأداء المال ويقال له تخاصم في هذا الخصوص مع الدائن؛ فعلى هذه الصورة لو حضر الدائن قبل أن يأخذ الكفيل شيئاً من المدين وأقر في حضور القاضي بأن المكفول به هو ثمن خمر أو ميسر أو ميتة يبرأ الأصيل والكفيل (الهندية) أنظر شرح المادة (٦٤٣).

المسألة الخامسة ـ إذا أدعى المدعي قائلاً: إن هذا الرجل قد أخذ مني مالي الفلاني فادعى المدعى عليه قائلاً: إن المدعي قد أقر بأن شخصاً آخر قد أخذ منه ذلك المال وطلب اقامة البينة على ذلك لا يقبل ولا تبطل دعوى المدعي بذلك. لأنه يمكن للمدعي أن يقول نعم ان الشخص الفلاني قد أخذ ذلك مني ثم أعاده لي ثم أخذه مني هذا المدعي (الخانية).

المسألة السادسة ـ إذا أدعى المدعي مالا وأنكره المدعى عليه وأعطاه للمدعي أو عقد الصلح

مع المدعي على الدعوى فأراد المدعى عليه بعد ذلك أن يقيم البينة بأن المدعي قد أقر قبل قبض المال أو قبل الصلح بأن ليس له حق عنده لا يقبل ويبقى القضاء والصلح على حاله. أما إذا أقام المدعى عليه البينة بأن المدعي قد أقر على الوجه المشروح بعد القضاء أو بعد الصلح فيبطل القضاء والصلح كما أنه لو أقام المدعى عليه البينة على الوجه المحرر قبل أن يحكم القاضي ببينة المدعي فترد دعوى المدعي (الخانية).

المسألة السابعة - إذا أدعى المدعي على آخر مالا وأنكره المدعى عليه ثم تصالح مع المدعي على مال آخر فأراد المدعى عليه بعد ذلك أن يقيم البينة على القضاء أو الإبراء لا يقبل ولا يبطل الصلح ويكون الصلح الواقع فداء لليمين الواجب على المدعى عليه. وقد ورد في الخانية فإن كان المدعى عليه قبل الصلح ادعى القضاء والإبراء لا يستحلف المدعى عليه وإنما يستحلف المدعي فلم يكن الصلح فداء عن اليمين.

المسألة الثامنة - إذا أدعى المدعي قائلاً: إن هذا المال لي شراء من فلان وادعى المدعى عليه أنني اشتريته من ذلك الشخص وأقام البينة على ذلك فحيث أن بينة الخارج مثبتة للشراء المقدم تاريخاً فدفع المدعى عليه الخارج الدفع قائلاً للمدعي: إن دعواك باطلة. لأني في التاريخ الذي ذكرته بأنك اشتريت فيه المال كان ذلك المال مرهوناً عند الشخص الفلاني ولم يرض ذلك الشخص اشتراءك وأن اشترائي قد وقع بعد فك الرهن فهو صحيح فلا يصح دفع الدفع هذا (التكملة).

المسألة التاسعة - إذا أدعى المدعي من المدعى عليه كذا مالا فدفع المدعى عليه دعواه بقوله: إنك قد أقررت بأنك ابرأتني فدفع الدفع قائلاً: إنك قد اقررت بعد اقراري بالإبراء بأن المال المذكور لي فلا يكون دفعاً أما إذا قال المدعي للمدعى عليه: إنك أقررت بأن المال المذكور لي بعد ادعائك باقراري بالبراءة يقبل الدفع (جامع الفصولين).

المادة (١٦٣٢) - (إذا أثبت من دفع الدعوى تندفع دعوى المدعي وإن لم يقدر على الإثبات يحلف المدعي الأصلي بطلبه فإن نكل المدعي عن اليمين يثبت دفع المدعى عليه وأن حلف المدعي تعود دعواه الأصلية).

يصبح في دفع الدعوى المدعي مدعى عليه والمدعى عليه مدعياً (البحر). فلذلك اذا أثبت من دفع الدعوى دفعه بإقرار المدعي أو بإقامة البينة تندفع دعوى المدعي. مثلاً إذا أدعى المدعي عشرين ديناراً ديناً ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: إنني أوفيت ذلك الدين وشهد الشهود الذين اقامهم المدعى عليه. بأن المدعى عليه قد أدى للمدعي عشرين ديناراً إلا أنهم لا يعلمون من أي جهة أدى ذلك فتقبل شهادتهم ويثبت دفع الدعوى (الهندية).

وفي المسألة الآتية يثبت دفع الدعوى بإقرار الشخص الآخر أيضاً. مثلاً: لو قال أحد لمدينه أدِ ما لي عليك لأخي زيد وأقر بهذا الأمر فادعى بأن المدين لم يؤد ذلك لأخيه وطلب الحكم له بذلك

فأدعى المدين بأنه أدى المبلغ لأخيه وعجز عن الإثبات وبعد تحليف المدعي على عدم العلم وحكم القاضي بالدعوى جاء زيد وأقر بأنه قبض ذلك المبلغ بالتمام من المدين فيثبت دفع المدعى عليه حيث أن تصديق زيد المأذون بالقبض كتصديق نفس المدعي (تكملة رد المحتار بإيضاح وزيادة).

فعلى هذه الصورة يثبت الدفع - (أولاً) باقرار المدعي (ثانياً) بالبينة (ثالثاً) بنكول المدعي (رابعاً) باقرار الشخص الثالث في بعض المسائل. وإن عجز المدعى عليه عن إثبات الدفع بناء على إنكار المدعي فيحلف المدعي الأصلي بطلب صاحب الدفع وهذه الصورة تكون موافقة للقاعدة الفقهية المتضمنة بـ(أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر).

مثلاً: إذا أدعى أحد كذا درهماً من جهة القرض ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: إنني أديت لك ذلك فيسأل حينئذ المدعي هل أن المدعى عليه أدى لك المبلغ المذكور. والمدعي إما أن يقر بالإستيفاء أو ينكر فإذا أنكر وأثبت المدعى عليه أداءه ذلك المبلغ يحكم القاضي بمنع المدعي من دعواه وإذا عجز عن إقامة البينة فللمدعى عليه أن يحلف المدعي على عدم قبضه المبلغ المذكور من المدعى عليه.

كذلك إذا ادعى المدعى عليه في الدعوى المشروحة آنفاً بأن المدعي قد أبرأه من هذه الدعوى وأنكر المدعي الإبراء وعجز المدعى عليه عن الإثبات فيحلف المدعي على كونه لم يبرئ المدعى عليه من هذه الدعوى وهو الصحيح حيث أنه إذا ادعى المدعى عليه شيئاً لو أقر به المدعي يلزمه ذلك ففي حالة إنكاره يحلف (الولوالجية في باب القاضي والبحر) وإذا نكل المدعي عن حلف اليمين يثبت دفع المدعى عليه وفي هذه الصورة يمنع القاضي المدعي من معارضته للمدعى عليه أنظر المادة (١٨٢٠).

وإذا حلف المدعي تعود دعواه الأصلية وفي هذه الحال يكون في أصل الدعوى احتمالان:

الاحتمال الأول - أن تثبت دعوى المدعي نظراً لكون دفع المدعى عليه يتضمن الإقرار وفي هذا الحال يحكم بأصل الدعوى كما هو في المثال الآنف الذكر حيث أن دفع المدعى عليه بقولهَ: إنني أديت المبلغ المدعى به هو إقرار بالمبلغ المذكور. فإذا لم يثبت المدعى عليه الأداء وحلف المدعي اليمين على عدم الأداء يحكم على المدعى عليه باداء المبلغ المدعى به للمدعي.

كذلك إذا ادعى أحد على آخر بكذا دراهم من جهة كذا فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: قد ابرأتني من المبلغ المذكور فإذا أثبت المدعى عليه دفعه هذا بالبينة فبها. وإذا لم يثبت يحلفه. فإذا نكل عن الحلف يثبت دفعه ويمنع المدعي من المعارضة وأذا حلف يحكم بأصل الدعوى حيث تكون قد ثبتت لأن الادعاء بالبراءة من المال أقرار بذلك المال. أنظر شرح المادة (١٥٨٢). (النتيجة).

الاحتمال الثاني - أن لا تكون الدعوى الأصلية ثابتة وفي هذه الصورة تطلب البينة من المدعي

مثلاً إذا ادعى أحد على آخر كذا ديناراً ديناً فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: إنك ابرأتني من دعوى المال المذكور فأنكر المدعي ولم يستطع المدعى عليه اثبات الإبراء فكلف المدعي لحلف اليمين فنكل فيقال للمدعي ليس لك حق وإذا حلف تعود دعوى المدعي الأصلية وتطلب منه البينة على أن له ديناً في ذمة المدعى عليه ذلك المقدار من الدنانير. لأن الادعاء بالبراءة من دعوى المال ليس اقراراً بالمال (الفيضية والنتيجة والخانية والبحر).

كذلك الحكم على المنوال المذكور في الدفوع التي تتضمن بأنه ابرأه من كافة الدعاوى أو أنه أقر بأن ليس له حق عنده.

إذا كان الدفع الذي دفعه المدعى عليه مشروعاً ولم يستطع إثباته في الحال وطلب امهاله مدة للإثبات يُنظر: فإذا كان يمكنه احضار شهوده على الدفع في ظرف ثلاثة أيام يمهل. أما إذا كان لا يستطيع جلب شهوده في ظرف ثلاثة أيام وطلب امهاله مدة أكثر من ذلك فلا يمهل بدون رضاء المدعي. لأنه لا يجوز تعويق الحق الثابت مدة طويلة. إلا أنه يجوز تحليف المدعي بالطلب على أن تسمع بينة الدفع بعد الحكم أنظر المادة (١٨٤) وشرح المادة الآنفة (الخانية). والحكم في دفع الدفع يعلم قياساً على هذا مثلاً كما بين في مسائل دفع الدفع الواردة في شرح المادة الآنفة فالمسألة الأولى من ذلك. إذا أثبت المدعي اقالة البيع يندفع دفع المدعى عليه وإذا لم يثبت المدعي دفع الدفع يحلف بطلبه المدعى عليه الدافع فإذا نكل المدعى عليه عن اليمين يثبت دفع دفع المدعي وإذا حلف يعود دفع المدعى عليه.

المادة(١٦٣٣)- (إذا ادعى أحد على آخر ديناً كذا دراهم وادعى المدعى عليه قائلاً: أنا كنت قد حولتك بهذا المبلغ على فلان وقد قبل كل منكما الحوالة وأثبت ذلك في حضور المحال عليه يكون قد دفع المدعي وخلص من مطالبته. أما إذا لم يكن ذلك في حضور المحال عليه يكون قد دفع المدعي موقوفاً إلى حضوره).

إذا ادعى أحد على آخر طلبا كذا دراهم وادعى المدعى عليه قائلاً: أنا كنت قد حولتك بهذا المبلغ على فلان وقد قبل كل منكما الحوالة وأثبت المدعى عليه ادعاءه هذا في حضور المحال عليه يكون قد دفع دعوى المدعي وخلص بالكلية من مطالبته وللمدعي أن يطلب المبلغ المذكور من المحال عليه. أنظر المادة(٦٩٠) وشرط حضور المحال عليه في ذلك هو لكونه لا يجوز الحكم على الغائب بلا نائب وإذا أثبت المدعى عليه ذلك في غير حضور المحال عليه فيكون قد دفع المدعى موقوفاً على حضور المحال عليه، وهذا الإثبات لم يكن للخلاص بالكلية من المطالبة بل هو لتوقيف دعوى المدعي لحين حضور المحال عليه فإذا حضر بعد ذلك المحال عليه واستطاع المدعى عليه من إثبات الحوالة مرة أخرى يخلص المدعى عليه من مطالبة المدعي بالكلية على الوجه المبين في الفقرة الأولى (النتيجة).

الفصل الثالث

في بيان من كان خصماً ومن لم يكن

إن مسألة الخصومة تنقسم إلى ثلاثة أقسام على الوجه الآتي ويبين افراد كل قسم اجمالاً كما يلي:

القسم الأول ـ الخصم المنفرد وهو الخصم الذي لا يحتاج حضور آخر وهو: (اولاً) من يترتب على اقراره حكم فهو خصم في حالة انكاره (ثانياً) الخصم في دعوى العين هو الواضع اليد على تلك العين (ثالثاً) يكون المشتري القابض المبيع خصماً للمستحق (رابعاً) يكون احد الورثة خصماً في الدعاوى التي تكون للمتوفي وعلى المتوفي (خامساً) يكون احد العامة خصماً في دعاوى المحلات التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام. (سادساً) في الدعاوى التي تتكون بين اهالي القريتين بحيث يكونون قوماً غير محصورين كدعوى النهر والمرعى المشتركة منافعهما يكون بعض الطرفين خصماً ولذلك فحضور بعض الطرفين كاف (سابعاً) في دعوى الدين المشترك بسبب غير الارث يكون أحد الشركاء خصماً عن الآخر عند الامامين.

القسم الثاني ـ الخصم الذي يكون خصماً بحضور آخر. (اولاً) المسائل المخمسة. أنظر المادة (١٦٣٧) (ثانياً) إذا ادعى المستحق المبيع من المشتري الغير القابض يلزم حضور البائع (ثالثاً) إذا لم يسلم العقار المشفوع للمشتري فالخصم للشفيع البائع. إلاّ أنه يشترط حضور المشتري حين المحاكمة أنظر المادة (١٥٣١) (رابعاً) إذا ادعى المدعي قائلاً: ان الدار التي تحت يد المدعى عليه كانت لفلان الغائب وأن ذا اليد هذا قد اشترى تلك الدار من ذلك الغائب وقبضها وانني شفيع واطلبها بالشفعة فاجابه المدعى عليه قائلاً: ان هذه الدار كانت في الأصل مالي ولم اشترها من احد فيجب في هذه الدعوى عند الطرفين حضور ذلك الغائب (الهندية في الباب الخامس من الدعوى).

القسم الثالث ـ من لم يكن خصماً مطلقاً وهم (أولاً) لا يكون خصماً في دعوى العين الشخص الذي لم يكن واضعاً اليد عليها. (ثانياً) الوديع للمشتري (ثالثاً) الوديع لدائن المودع (رابعاً) مدين المدين للدائن (خامساً) البائع للمشتري من المشتري(سادساً) المستأجر للمستأجر (سابعاً) المستأجر للمرتهن (ثامناً) الوكيل بالاقراض للمستقرض (تاسعاً) للدائن دائن آخر (عاشراً) لا يكون الشريك في عين مشتركة بسبب ملك غير الارث خصماً للمدعى عن حصة شريكة (حادي عشر) في دعوى النهر والمرعى المشتركة منافعهما بين أهل قريتين لا يكون بعض الأهالي خصماً إذا كان اهل القرية قوماً محصورين وستوضح هذه المسائل على الوجه الآتي:

المادة (١٦٣٤) ـ (إذا ادعى احد شيئاً وكان يترتب على اقرار المدعى عليه حكم بتقدير اقراره يكون بانكاره خصماً في الدعوى واقامة البينة، وإذا كان لا يترتب حكم على اقرار المدعى عليه فلا يكون خصماً بانكاره. مثلاً إذا أتى أحد من أرباب الحرف وأدعى على أحد بقوله: ان رسولك فلاناً اخذ مني المال الفلاني فأعطني ثمنه يكون المدعى عليه خصماً للمدعي إذا أنكر حيث يكون مجبوراً بدفع ثمن المبيع وتسليمه إذا اقر وتسمع دعوى المدعي وبينته في هذه الحال. أما إذا ادعى المدعي بقوله أن وكيلك بالشراء اشترى فبانكاره لا يكون خصماً للمدعي حيث لو اقر المدعى عليه لا يكون مجبوراً بدفع ثمن المبيع وتسليمه للمدعي وفي هذه الحال لا تسمع دعوى المدعي، والولي والوصي والمتولي مستثنون من هذه القاعدة فعليه إذا ادعى أحد على مال اليتيم أو على مال الوقف قائلاً: بأنه مالي فلا يترتب على اقرار الولي أو الوصي أو المتولي حكم حيث لا ينفذ اقرارهم وأما انكارهم فصحيح وتسمع عليه دعوى المدعي وبينته إلّا أنه يعتبر اقرار الولي والوصي والمتولي في الدعوى على عقد صادر منه مثلاً: لو باع ولي الصغير ماله بناء على مسوغ شرعي ووقعت من قبل المشتري دعوى تتعلق بذلك فيعتبر اقرار الولي).

في الخصم ضابطان: الضابط الأول ـ إذا ادعى احد شيئاً وكان يترتب على اقراره حكم إذا اقر يكون بانكاره خصماً في الدعوى وأقامة البينة في بعض الأحوال.

الضابط الثاني ـ وإذا كان لا يصح اقرار المدعى عليه أي أنه في حالة اقراره لا يترتب حكم على اقرارة فبأنكاره لا يكون خصماً في الدعوى واقامة البينة. لأن البينة تقام على الخصم المنكر فقط (البهجة وعلى أفندي) مسائل متفرعة على الضابط الأول:

المسألة الأولى ـ إذا اتى احد من أرباب الحرف وأدعى على آخر بقوله: ان رسولك فلاناً اخذ مني المال الفلاني بمائة درهم فأعطني ثمنه يكون المدعى عليه خصماً للمدعي إذا أنكر حيث يكون مجبوراً بدفع ثمن المبيع وتسليمه إذا اقر. أنظر المادة (١٤٦٢) وتسمع في تلك الحال دعوى المدعي وبينته.

المسألة الثانية ـ إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: ان مديني فلاناً قد اعطاك كذا دراهم لتسلمها لي وأنكر المدعى عليه فاذا أقام المدعي البينة يأخذ المبلغ المذكور من المدعى عليه (النتيجة).

المسألة الثالثة: إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً: ان رسولك فلاناً قد استأجر مني هذه

الدكان بكذا دراهم فأد لي بدل الاجار فحيث أن المدعى عليه لو اقر بالاستئجار على الوجه المحرر يكون مجبوراً بدفع وتسليم الإيجار للمدعى ففي حالة انكاره يكون خصماً للمدعي وفي تلك الحال تسمع دعوى المدعي وبينته. أنظر المادة (١٦٤٢).

المسألة الرابعة ـ إذا ادعى احد على آخر قائلاً: انني كفلتك بأمرك بالدين الذي أنت مدين به إلى فلان الغائب وقد دفعت حسب الكفالة المبلغ المذكور للمكفول له فاضمن ذلك فيكون المدعى عليه خصماً فلذلك إذا انكر المدعى عليه اداء الكفيل للدين فللكفيل اثبات التأدية في مواجهة المكفول عنه.

المسألة الخامسة ـ إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً: قد أديت كذا ديناراً بأمرك إلى فلان الغائب فأعطني ذلك المبلغ وأنكر المدعى عليه بأنه مدين لذلك الشخص وأنكر أمره للمدعي وأنكر اداء المدعي المبلغ فاذا اثبت المدعي هذه الأمور الثلاثة يأخذ المدعى به.

المسألة السادسة ـ إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً: ان وكيلي بالبيع أو وصيي حينما كنت صغيراً قد باعك مالي الفلاني وقد توفي قبل قبض الثمن منك فأد لي الثمن فدعواه صحيحة على قول وغير صحيحة على قول آخر. أنظر المادة (١٤٦٠).

المسألة السابعة ـ إذا باع أحد داراً لآخر وقبل أن يسلمها للمشتري غصبها غاصب من البائع فاذا كان ثمن المبيع قد أدي للبائع أو كان الثمن مؤجلاً فالخصم في هذه الدعوى المشتري وإلاّ فالبائع (الخانية).

الضابط الثاني: المسائل المتفرعة عن هذا الضابط:

المسألة الأولى ـ وأما إذا ادعى المدعي بقوله: إن وكيلك بالشراء اشترى مالي الفلاني بمائة درهم باضافة العقد إلى نفسه فادفع لي الثمن فحيث أنه لو اقر المدعى عليه بشراء وكيله على هذا الوجه لا يكون مجبوراً بدفع وتسليم ثمن المبيع للمدعي حسب ما هو مذكور في الفقرة الثالثة من المادة (١٦٤١) ففي حالة انكاره لا يكون خصماً للمدعي ولا تسمع في تلك الحال دعوى المدعي وبينته.

المسألة الثانية ـ إذا ادعى المدعي المال الذي في يد شخص آخر قائلاً: ان الغائب قد اشترى هذا المال منك بالوكالة عني لا تصح دعواه ولاتسمع بينته عند الانكار ولا يحلف المدعى عليه اليمين. أنظر المادة (١٤٦١).

أما لو ادعى قائلاً: ان هذا المال لي قد اشتريته من فلان وكيلك بالبيع أو اشتريته من وصيك فلان حال صغرك وذكر اسم الوصي ونسبه تقبل الدعوى (الهندية بزيادة).

المسألة الثالثة ـ إذا ادعى على الفرس التي في يد آخر قائلاً. ان فلاناً الغائب شريك لي بشركة العنان في هذه الفرس وقد اخذ الغائب هذا المال لكونه مالاً مشتركاً بيني وبينه وأن نصفه لي ونصفه له فأقر المدعي عليه بذلك قائلاً: ان الغائب قد أمرني بأن اذهب بالفرس إلى البلدة

الفلانية واني ذاهب بها إلى تلك البلدة فليس للمدعي أن يمنعه (الهندية).

المسألة الرابعة ـ لو ادعى أحد على العين التي في يد آخر قائلاً: انها مالي قد اشتريتها من فلان الغائب وقد صدقه المدعى عليه على ذلك فلا يحكم القاضي على الشخص المذكور بتسليم العين المذكورة للمدعي (الخانية).

تقسيمات ـ تقسم مسألة الخصومة إلى ثلاثة أوجه على أحد الاعتبارات كما مر ذكره كما أنها تقسم إلى سبعة أقسام على اعتبار آخر:

القسم الأول ـ خصم في الدعوى وإقامة البينة والاستحلاف وقد فصل ذلك آنفاً ـ مثلاً إذا كان لأحد على اخر دين من جهة القرض فيكون ذلك الشخص خصماً للشخص الآخر في الدعوى وفي اقامة البينة وفي الاستحلاف معاً.

القسم الثاني ـ خصم في الدعوى واليمين وغير خصم في اقامة البينة مثلاً: لو اشترى أحد من آخر فرساً واقر بعد اشترائه تلك الفرس بأن الفرس المذكورة هي لفلان وسلم الفرس للمقر له فلو أراد بعد ذلك أن يثبت في مواجهة الآخر بأن الفرس هي للمقر له وأن يسترد منه ثمن المبيع فلا يقبل إلّا أنه يحلف الآخر على أن الفرس لم تكن للمقر له فاذا نكل عن حلف اليمين يحكم عليه برد وأعادة ثمن المبيع للمشتري.

القسم الثالث ـ خصم في الدعوى وفي اقامة البينة وغير خصم في اليمين. مثلاً: إذا قصد الوكيل بالشراء رد واعادة المبيع بخيار العيب فأدعى البائع بأن الموكل قد رضي بذلك العيب وأراد اثبات ذلك يقبل أما إذا لم يثبت البائع ذلك فلا يحلف الوكيل على عدم علمه برضاء موكله بالعيب.

كذلك لو اشترى أحد شيئاً بالوكالة وبعد أن سلمه لموكله الآمر اراد الموكل رده بخيار العيب فقال البائع للموكل أنك رضيت بالعيب فأنكر فلا يحلف. أما إذا اقر بالرضاء فيسقط حق رده (البحر).

كذلك أذا طلب الوكيل بقبض الدين من المدين فأثبت المدين بأن الموكل قد ابرأه يقبل وليس للوكيل بعد ذلك المطالبة بالدين.

كذلك إذا اقر الوكيل بالابراء يقبل وليس له بعد ذلك مطالبة المدين بشيء إلّا أن المدين لا يبرأ بهذا الاقرار من الدين بالنسبة للدائن. إذ للدائن طلب ذلك الدين من المدين بالذات أو بواسطة وكيله أما إذا انكر الوكيل الابراء فلا يتوجه عليه اليمين على عدم العلم (البحر وتعليقات ابن عابدين عليه).

كذلك إذا ادعى الوكيل بطلب الشفعة بالوكالة وادعى المشتري بأن الموكل قد سلمه الشفعة واثبت ذلك يقبل. أما إذا انكر الوكيل تسليم الشفعة فلا يحلف؛ كذلك إذا طلب الوكيل بطلب

الدين والدعوى به الدين من المدين بالوكالة فاذا ادعى المدين بأنه سلم الدين للموكل وأثبت ذلك كان جائزاً أما إذا لم يثبت فليس له تحليف الوكيل. كذلك لو ادعى أحد قائلاً: انني وصي فلان المتوفي فاذا اثبت فبها وإذا لم يثبت فليس له تحليف المدعى عليه. كذلك اذا أدعى احد قائلاً: اني وكيل عن فلان للمخاصمة والمرافعة معك فله اثبات ذلك أما إذا انكر المدعى عليه فليس له التحليف. أنظر المادة (٧٤٢).

القسم الرابع ـ خصم في حالة اقراره وغير خصم في حالة انكاره، مثلاً: لو باع أحد لآخر مالاً وقبض المشتري قبل دفع الثمن للبائع بلا اذن البائع ثم باعه وسلمه لآخر وغاب واراد البائع الأول استرداد المبيع من المشتري الثاني فاذا اقر المشتري الثاني بأن الواقع كما ذكره المدعي فللبائع استرداد الفرس من المشتري الثاني ويكون خصماً في هذه الصورة. أما إذا كذب المشتري الثاني البائع الأول أو قال بأنني لا اعرف هل ما قاله البائع صحيح أو غير صحيح فلا تسمع الدعوى ما لم يكن المشتري الأول حاضراً (الهندية) أنظر شرح المادة (٢٧٧).

القسم الخامس ـ خصم في الدعوى وفي اقامة البينة وغير خصم في الاقرار واليمين ويبين هذا على الوجه الاتي: وهو أن الولي والوصي والمتولي مستثنون من هذه القاعدة فعليه لو ادعى أحد بأن مال اليتيم أو مال الوقف ملكه فحيث لا ينفذ اقرارهم فلا يترتب على اقرارهم حكم ما. لأن الافرار على الغير غير جائز انظر المادة (١٥٧٣) كما أنه في حالة انكارهم لا يحلفون اليمين. أما إذا كان الوصي وارثاً فاقراره في حصته جائز ويحلف اليمين عند الانكار (الولوالجية في الفصل الرابع من الدعوى).

مثلاً: لو ادعى أحد على العقار الوقف الذي في يد المتولي قائلاً: انه ملكه فإذا أقر المتولي بدعوى المدعي فلا يحكم بذلك الاقرار حيث أن أقرار المتولي لا ينفذ على الوقف. كذلك لا يعتبر أقرار المتصرف بعقار بالإجارتين في أمر متعلق برقبة العقار. مثلاً: لو ادعى أحد على العقار الوقف الذي يتصرف فيه آخر بطريق الإجارتين قائلاً: إنه ملكي فإذا أقر ذلك الشخص بأن العقار المذكور هو ملك المدعي فلا ينفذ اقراره على الوقف.

كذلك لو ادعى أحد على العين التي هي في يد المتولي وقفاً بأنها ملكه ولم يستطع إثبات دعواه فلا يحلف المتولي اليمين، كذلك إذا ادعى متولي وقف نقود على آخر قائلاً: إنك مدين للوقف بكذا مبلغاً حيث قد أدانك ذلك سلفي المتولي وادعى المدعى عليه بأنني قد أديت المبلغ المذكور لسلفك المتولي زمن توليته ولم يثبت دفعه هذا فليس له تحليف المتولي الحالي كما أن أقرار المتولي السابق بالقبض لا يكون معتبراً كما أنه لا يحلف اليمين حيث لم تبق صفة له.

كذلك أذا أقر أحد بأنه مدين للوقف الفلاني كذا مبلغاً ثم رجع بعد أقراره هذا قائلاً: بأنني لم أكن مديناً للوقف المذكور بذلك المبلغ وأنني قد أقررت كاذباً فلا يحلف متولي الوقف على كونه غير كاذب في اقراره.

القسم السادس ـ خصم في إقامة البينة فقط وغير خصم في الاقرار. مثلاً: لو ادعى المدعي قائلاً: إن لي في ذمة فلان الغائب كذا ديناراً وهذا المدعى عليه هو وكيل الغائب بالخصومة فإذا أقر المدعى عليه بالوكالة فلا يصح اقراره حتى أنه لا يقبل أذا أثبت المدعي في مواجهة هذا المدعى عليه بأن له في ذمة الغائب ديناً.

كذلك إذا ادعى المدعي في مواجهة زيد ديناً في ذمة المتوفي باعتبار زيد وصياً عن المتوفي وأقر زيد بأنه وصي فلا يصح اقراره ولا تجوز خصومته (الخانية).

كذلك إذا ادعى زيد مبرزاً سنداً يتضمن بأن عمرا دائناً وبكراً مديناً وجلب بكرا إلى المحكمة وادعى المبلغ المذكور من بكر قائلاً بأن عمرا الغائب قد أقر بأن المبلغ المذكور هو لي وسأثبت اقراره بالبينة فأنكر المدعى عليه بكر بأن الغائب مدين لزيد فيكون المدعي خصماً ويكون قادراً على إثبات مدعاه أما إذا أقر المدعى عليه بأنه مدين للغائب فلا تقبل بينة المدعي ما لم يكن الغائب حاضراً (الهندية) أنظر المادة (١٥٩٠).

أما إنكار الولي والوصي والمتولي فصحيح وتستمع عليهم دعوى المدعي وبينته إلا أنه يعتبر اقرار الولي والوصي والمتولي في الدعوى المقامة عليهم من أحد على عقد صادر منهم فإنهم يحلفون اليمين في حالة إنكارهم.

أما عقد النكاح فهو مستثنى من هذه الفقرة فعليه لو زوج الولي الأب بالولاية بنته لآخر ففي الدعوى التي تحدث عن هذا العقد لا يحلف الاب على أنه لم يزوج بنته سواء كانت البنت صغيرة أو كبيرة ألا أنه عند الإمامين يحلف أب الصغيرة في حق تزويجه لبنته (ابن عابدين على البحر) والإيضاحات على ذلك ستبين في شرح المادة (١٨١٩) من كتاب القضاء مثلاً: لو باع ولي الصغير ماله بمسوغ شرعي كضرورة النفقة أو الدين المثبت ووقعت من قبل المشتري دعوى كأن يدعي المشتري مثلاً أن هذه الدار هي مال الصبي الفلاني وقد باعني إياها أبوه المحمود الحال بثمن المثل كذا دراهم فليسلم لي إياها فيعتبر اقرار الولي فإذا اقر الولي المذكور بالبيع على الوجه المذكور يؤمر بتسليم المبيع للمدعي وإذا أنكر يتوجه عليه اليمين. أنظر المادة (١٥٧٣).

إن لولي الصغير كأبيه وأب الأب أن يبيع مال الصغير ولو لم يكن مسوغ شرعي كما بين ذلك في شرح المادة (٣٦٥) ولذلك فتعبير (مسوغ شرعي) الوارد في هذه الفقرة ليس بقيد احترازي بالنسبة إلى معنى الولي هذا وإذا قصد من الولي هنا الشخص الذي له حق التصرف في مال الصغير فتظهر فائدة هذا القيد. لأنه ليس لوصي الصغير أن يبيع عقاره بدون مسوغ شرعي. .كذلك يتوجه اليمين على المتولي الذي يدعى عليه بعقد عقده. مثلاً لو ادعى أحد في حق أحد مستغلات الوقف التي هي تحت يد المتولي المذكور قائلاً: قد اجرتني العقار المذكور لمدة معلومة فسلمني إياه وأنكر المتولي ذلك ولم يثبت مدعاه فيحلف المتولي على أنه لم يؤجر العقار المذكور. كذلك لو ادعى أحد على متولي وقف قائلاً: قد اشتريت مني كذا أشياء للوازم الوقف وقبضتها فادِ لي الثمن وانكر المتولي

ولم يثبت مدعاه فله أن يطلب تحليف المتولي كذلك اذا ادعى متولي وقف على مستأجر الوقف بأجرة مجتمعة فادعى المستأجر بأنه قد أدى الأجرة المذكورة تماماً وأنه لم يبق في ذمته شيء ولم يثبت دفعه هذا فله تحليف المتولي اليمين.

القسم السابع ـ أن يكون المدعى عليه خصماً في تسليم المدعي فقط لأن المدعى عليه لا يؤاخذ بعضاً إذا أقر بالمدعى به كما أنه في حالة انكاره لا تقام البينة عليه ولا يحلف إلا أن المدعى عليه إذا سلم المدعى به للمدعي يكون تسليمه صحيحاً.

مثلاً لو ادعى أحد على المال الذي في يد آخر قائلاً: إنك اشتريت هذا المال من وكيلي بالبيع فلان بكذا دراهم فأدِ لي الثمن فإذا أقر المدعى عليه بأنه اشترى المال المذكور من الشخص المذكور وانكر أن الشخص المذكور وكيل للمدعي فلا تقبل من المدعي بينة لإثبات الوكالة كما أنه لو أقر المدعى عليه فلا يحكم عليه بتسليم المدعى به للمدعي. أما إذا سلم المدعى عليه الثمن من تلقاء نفسه جاز. أنظر المادة (١٥٠٣) (الانقروي).

المادة (١٦٣٥) ـ (الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط مثلاً: إذا غصب أحد فرس الآخر وباعها لشخص آخر وأراد صاحب الفرس استردادها فيدعيها على الشخص الذي هو ذو اليد فقط أما إذا أراد تضمين قيمتها فيدعي ذلك على الغاصب).

الخصم في دعوى العين أي الادعاء بأن هذه العين ملكي فأطلب استردادها هو ذو اليد فقط يعني أن دعوى الملك إنما تصح على ذي اليد أو على نائبه إلا أنه لا يكون كل ذي يد خصماً لوحده كما هو مستفاد من حكم المادة (١٦٣٧) فعليه إذا ادعى المدعي دعواه على هذا الوجه يجب عليه إثبات مدعاه إذ لا يترتب على مجرد الدعوى حكم ما ولا يمنع القاضي ذا اليد من التصرف بناء على الدعوى فقط (البحر).

المسائل المتفرعة على ذلك:

المسألة الأولى ـ مثلاً إذا غصب أحد فرس الآخر وباعه لشخص آخر وأراد صاحب الفرس استردادها فيدعي على الشخص الذي هو ذو اليد ولا يدعيها من الغاصب حيث أنه لو ادعى على الغاصب وحكم عليه فلا يمكن اجراء الحكم عليه حيث لم يكن المال المدعى به تحت يده.

المسألة الثانية ـ إذا ادعى أحد المال الذي تحت يد آخر وأقر المدعى عليه ثم غاب بعد اقراره ثم ادعى شخص آخر ذلك المال لنفسه فيجب عليه أن يقيم الدعوى على ذي اليد المقر وليس له الادعاء على المقر له (الهندية).

المسألة الثالثة ـ اذا غصب أحد فرساً من آخر وادعى شخص آخر تلك الفرس وأخذها بالحكم فليس للمغصوب منه أن يدعي تلك الفرس على الغاصب. لأن دعوى الملك إنما تصح على

ذي اليد (البحر).

أما دعوى الفعل فتصح على غير ذي اليد؛ مثلاً لا يشترط في دعوى الضمان بسبب الغصب أن يكون الخصم ذا اليد على المغصوب (البهجة) فعليه إذا أراد المغصوب منه تضمين قيمة الفرس بسبب استهلاك الغاصب للمغصوب ببيعه لآخر وتسليمه إياه وتفويت المغصوب منه حق أخذه للمغصوب لذلك السبب أو أنه أجاز البيع المذكور لوجود الشروط المبينة في المادة (٣٧٣). وأراد أخذ الثمن فيدعي ذلك على الغاصب، ويفهم من هذا بأن الدعوى على الغاصب صحيحة ولو لم تكن العين في يده بل كانت مثلاً مبيعة في يد المشتري (البحر).

كذلك إذا كانت العين المغصوبة في يد غاصب الغاصب فللمغصوب منه أن يدعيها من الغاصب وأن يطلب تضمينها (البحر).

وتعبير (فرس) الوارد في هذه المادة ليس للاحتراز من العقار إذ أن الحكم في العقار هو على المنوال المحرر. مثلاً إذا باع أحد عقاراً لآخر وسلمه إياه ثم حضر صاحبه وادعى على البائع ينظر: فإذا كانت دعواه طلب عين العقار فلا تصح دعواه إذ عليه تقديم هذه الدعوى على المشتري وأما إذا كان يدعي الضمان بسبب الغصب فتصح دعواه حيث أن العقار يصبح مضموناً بالبيع والتسليم كما أنه إذا وجدت شروط البيع الأربعة أو الخمسة وأراد اجازة البيع وأخذ الثمن فتصح دعواه أيضاً على البائع. أنظر شرح المادة (١٤٦٢) (علي افندي والهندية).

إن التفصيلات المذكورة في مثال المجلة هي في حالة وجود الفرس في يد المشتري. أما اذا تلفت الفرس في يد المشتري فلصاحبها أن شاء أن يدعيها من البائع وإن شاء يدعيها من المشتري. مثلاً لو باع أحد مال الآخر فضولاً لآخر وسلمه إياه وبعد أن تلف المبيع في يد المشتري ظهر شخص وادعى بأن الفرس ملكه وطلب الحكم بقيمتها فله أن يدعي دعواه هذه على البائع باعتباره غاصباً وإن شاء ادعى على المشتري باعتباره غاصب الغاصب وطلب تضمين قيمة الفرس منهما. أنظر المادة (٩١٠).

المادة (١٦٣٦) - (إذا ظهر مستحق للمال المشترى وادعاه بالاستحقاق ينظر: فإذا كان المشتري قبض ذلك المال فالخصم حين الدعوى والشهادة المشتري فقط ولا يشترط حضور البائع وإذا كان المشتري لم يقبض بعد فحيث أن المشتري مالك والبائع ذو يد فيجب حضورهما حين الدعوى والشهادة).

إذا ظهر مستحق للمال المشترى وادعاه بالإستحقاق طالباً استرداد المشترى ينظر: فإذا كان المشتري سواء كان أصيلاً أو وكيلاً؛ قبض ذلك المال سواء كان بشراء صحيح أو فاسد فالخصم للمستحق حين الدعوى والشهادة المشتري فقط ولا يشترط حضور البائع. لأن المشتري مالك وذو يد معاً.

مثلاً لو ادعى أحد على الدار التي في يد آخر قائلاً: إن هذه الدار كانت ملكاً للغائب فلان وقد اشتراها منه قبل شهر وأثبت دعواه هذه وادعى ذو اليد بأن الدار هي للغائب المذكور إلا أنه اشتراها منه قبل خمسة عشر يوماً فينقض البيع الثاني ويحكم بالدار للمدعي وإذا لم يشهد الشهود على أداء الثمن فيؤخذ منه ثمن المبيع ويحفظ أمانة (الهندية والخانية).

كذلك اذا اشترى مالاً وقبضه على أن يكون مخيراً فظهر مستحق في مدة الخيار فلا يشترط في هذه الدعوى حضور البائع بل يكون المشتري هو الخصم فقط. أنظر المادة (٣٠٩) وشرحها (الهندية).

كون المشتري خصماً فقط حسب هذه الفقرة من المجلة هو في حالة ادعاء المستحق بعين المبيع. أما إذا أراد المدعي تضمين بدل ماله الذي باعه آخر وسلمه فله الادعاء على البائع باعتبار أنه غاصب حتى ولو كانت العين المشتراة موجودة في يد المشتري (البهجة).

أن دعوى الاستحقاق الواردة في هذه المادة هي اعم من دعوى الملكية ودعوى الوقفية فلذلك لو باع أحد عقاراً لآخر على كونه ملكه وسلمه إياه فظهر مستحق وادعى قائلاً: إن هذا العقار وقف جدي فلان وأن توليته وغلته مشروطة لاولاده وأولاد أولاده وأراد إثبات الوقفية وأخذ العقار فليس له الإدعاء على البائع بل له أن يدعي على المشتري (علي أفندي).

وتعبير مشتري الواردة في هذه المادة ليس للاحتراز من الموهوب له فلذلك لو اتهب أحد مالاً من آخر وقبضه ثم ظهر مستحق وطلب عينه فالخصم حين الدعوى والشهادة الموهوب له فقط (الهندية وعلي أفندي).

وإذا كان المشتري لم يقبض ذلك المال الذي اشتراه بشراء صحيح بعد فحيث أن المشتري مالك والبائع ذو يد ومتصد لإبطال حق كل من المستحق والمشتري فيجب حضورهما حين الدعوى والشهادة (علي افندي) وفي هذه الصورة إذا لم يثبت المدعي دعواه بالبينة وصار توجيه اليمين على المدعى عليهما البائع والمشتري فحلف اليمين يمنع المدعي من المعارضة وإذا نكل الإثنان عن حلف اليمين يسلم المبيع للمدعي فإذا حلف البائع اليمين ونكل المشتري عن اليمين فيدفع المشتري ثمن المبيع للبائع ويسلم المال المدعى به إلى المدعي أما إذا حلف المشتري اليمين ونكل البائع عن الحلف فيدفع البائع جميع قيمة المبيع للمدعي. ما لم يجز المدعي البيع ويأخذ الثمن (الهندية بزيادة).

أما إذا ظهر مستحق للمال الذي اشتراه آخر ببيع فاسد وكان المشتري لم يقبض المبيع بعد فالخصم هو البائع فقط ولا يشترط حضور المشتري. أنظر المادة (٣٧١) وإذا ظهر المستحق للمال الذي بيع بيعاً باطلاً فإذا كان ذلك قبل القبض فالخصم البائع فقط وإذا كان بعد القبض فيشترط حضور البائع والمشتري. أنظر المادة (٣٧٠) (الانقروي والهندية).

ودعوى الشفعة هي على هذا الوجه فلذلك إذا اشترى المشتري عقاراً ولم يقبضه بعد فيلزم في دعوى الشفيع حضور المشتري والبائع معاً (الهندية).

الادعاء بالملكية - هو كادعاء المدعي من ذي اليد قائلاً: إن هذا المال لي وادعاء المدعى عليه قائلاً: إن هذا المال أودع عندي لفلان وسيوضح ذلك آتياً.

الادعاء بالاستئجار - إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا العقار الذي في يد هذا الرجل هو وقف زيد، وقد أجرني إياه متولي ذلك الوقف وادعى ذو اليد بأنه وقف فلان الآخر وقد استأجرته من فلان متولي ذلك الوقف الآخر فيشترط حضور متولي الوقفين (جامع الأجارتين).

الادعاء بالوقف - لو ادعى أحد الدار التي تحت يد آخر قائلاً: إن تولية الوقف الفلاني مشروطة لي وهي وقف لذلك الوقف وادعى الآخر: إن فلاناً الغائب قد أرهنني هذه الدار وسلمني إياها فيكون قد دفع دعوى المدعي (البحر وعلي أفندي).

الادعاء بالتصرف - إذا أجر زيد عرصة وقف إلى عمرو بالاجارتين وسلمها إياه باعتبار أنها من مستغلات الوقف الذي هو متول عليه فتصرف عمرو في العرصة المذكورة فادعى بكر في غياب عمرو على متولي الوقف قائلاً: إن تلك العرصة في تصرفه بالأجارتين فلا تسمع دعواه (جامع الاجارتين).

المادة (١٦٣٧) - (يشترط حضور الوديع والمودع والمستعير والمعير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن معاً عند دعوى الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والمأجور على المستأجر والمرهون على المرتهن، ولكن إذا غصبت الوديعة أو المستعار أو المأجور أو المرهون فللوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن فقط أن يدعي بأولئك على الغاصب ولا يلزم حضور المالك وليس للمالك أن يدعي وحده بأولئك ما لم يحضر هؤلاء).

يشترط في مجلس المحاكمة حضور الوديع والمودع والمستعير والمعير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن والغاصب والمغصوب منه معاً عند دعوى الملكية أو الاستئجار أو الوقف أو التصرف في الوديعة على الوديع أي المستودع والمستعار على المستعير والمأجور على المستأجر والمرهون على المرتهن والمغصوب منه على الغاصب باعتبار أحدهما ذا اليد والآخر مالكا ولا تصح الدعوى بحضور واضع اليد فقط كالمستودع مثلاً. لأن يد هؤلاء ليست يد خصومة بل هي يد أمانة أو هي يد مضمونة والملك لآخر (البحر) سواء كانت الوديعة والمستعار وغيرهما عقاراً أو كان منقولاً فهي متساوية في الحكم، كذلك لو كان بعض المدعى به وديعة فالحكم على المنوال المذكور، مثلاً: لو ادعى المدعي على ذي اليد قائلاً: إن هذه الفرس لي فادعى المدعى عليه قائلاً: إن نصفها لي والنصف الآخر لفلان وهي وديعة عندي وأثبت ذلك فالخصومة تندفع في التكميل لأن التمييز متعذر (البحر والخانية).

المسائل المخمسة: إن هذه المادة قد ذكرت أربع مسائل وذكر في الشرح مسألة وهي المسائل المشهورة بين الفقهاء باسم المسائل المخمسة. والتعبير عن هذه المسائل بالمسائل المخمسة مبني لوجود خمس صور لها باعتبار الأصول، وهي الوديعة والعارية والإجارة والرهن والغصب والأمور الستة الآتية الذكر راجعة للأصول الخمسة المذكورة وهي:

١ - أن يقول المدعى عليه ان هذا المال للغائب فلان قد وكلني بحفظه.

٢ - إن هذا المال لفلان الغائب قد أسكنني به، فهاتان الصورتان ترجعان إلى الأمانة.

٣ - أن يقول المدعى عليه إن هذا المال لفلان الغائب وقد سرقته منه.

٤ - أن يقول إن هذا المال لفلان الغائب وقد أخذته منه، فهاتان الصورتان داخلتان في الغصب.

٥ - أن يقول إن هذا المال لفلان الغائب وقد أضاعه والتقطته فإذا كان حين الأخذ أشهد وراعى شرائط اللقطة فتكون أمانة وإلاّ ترجع إلى الغصب (البحر).

٦ - أن يقول إن الأرض المدعى بها هي لفلان بن فلان وهي في يدي مزارعة من قبله، وهذه تلتحق بالأجارة والوديعة (البحر). فعليه لو أخذ أحد أرضاً من آخر على طريق المزارعة وعلى شرط أن يكون البذار منه فيكون كالمستأجر فإذا ظهر مدع وادعى بأن الأرض المذكورة ملكه فيشترط حضور المالك أما إذا لم يكن البذار منه فينظر: فإذا كان الزرع نابتاً فيشترط حضوره وإذا لم ينبت فلا يشترط (الهندية).

أما مال المضاربة فإذا ادعى باستحقاقه ينظر: فإذا كان فيه ربح فالمضارب خصم في مقدار الربح ولا يشترط حضور رب المال. وإذا لم يكن فيه ربح فيشترط حضور رب المال في الدعوى به، والخصم في ذلك رب المال (الهندية).

توضيح المسائل المخمسة: إذا أدعى المدعي قائلاً: هذا المال لي. فإذا ثبت أن يد المدعى عليه على ذلك المال يد وديعة أو يد عارية أو يد استئجار أو يد ارتهان أو يد غصب فليس للمدعي أن يتخاصم مع المدعى عليه فقط بل يشترط حضور المالك (البحر). لأن المدعي متشبث لإزالة يد المدعى عليه كما أنه متصدٍ لإزالة ملك المودع. ولذلك فأثناهما مدعى عليهما. ويجب حين الدعوى حضور المدعى عليه أنظر المادة (١٦١٨).

وهذا الثبوت (أولًا) يكون بالبيّنة فعليه إذا ادعى قائلًا: إن هذا المال الذي في يد المدعى عليه هو مالي فإذا ادعى المدعى عليه قائلًا: إن هذا المال هو للغائب فلان قد أودعني إياه أو رهنه لي أو أجرني إياه أو أنني غصبته وأثبت دعواه هذه بإقامة الشهود فتندفع خصومة المدعي. ويقتضي تأخير الدعوى لحضور الغائب. لأن المدعى عليه قد أثبت بهذه البيّنة: (أولًا): أن الملك هو للغائب وهذا الإثبات مقبول شرعاً. لأنه ليس عن الغائب خصم يثبت ذلك، (ثانياً): قد أثبت دفع خصومة المدعي وهذه الجهة مقبولة (مجمع الأنهر).

إلّا أنه إذا لم يشهد الشهود على أن المال وديعة مثلاً بل شهدوا بأن المال للغائب فقط فلا تندفع الخصومة لأنه لا يثبت بهذه البيّنة بأن الملك ملك الغائب (الولوالجية في الفصل السادس من الدعوى). لأنه ليس لدى المدعى عليه وكالة من الغائب لإثبات ملكية الغائب. فإذا ادعى المدعى عليه بأن المدعى به هو وديعة عنده لفلان الغائب وأثبت ذلك واندفعت خصومته ثم حضر المودع الغائب ورد المستودع الوديعة له وادعى المدعي على المودع وأعاد البيّنة وادعى المودع بأن المال المذكور هو وديعة عنده لفلان الغائب وأثبت ذلك يقبل وتندفع خصومة المدعي. (الهندية) وفي هذه الصورة تؤخر هذه الدعوى إلى حضور الغائب الآخر.

ثانياً: يكون بإقرار المدعي فعليه إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المال لي فأجابه المدعى عليه: إنني غصبت هذا المال أو سرقته من فلان والغائب وصدقه المدعي على ذلك تندفع خصومة المدعي (الدرر والغرر).

ثالثاً: يثبت بتصديق الغائب إذا حضر قول المدعى عليه. مثلاً: لو ادعى المدعي قائلاً إن هذا المال الذي في يد المدعى عليه فأجابه المدعى عليه بأن هذا المال لزيد الغائب وهو في يدي أمانة وحضر الغائب وصدق المدعى عليه فتندفع خصومة المدعي عن ذي اليد وتتوجه على المقر له. ولو قال هي لولدي الصغير لا تندفع الخصومة. لأنه لو كان صادقاً في إقراره لكان خصماً في ذلك (الخانية).

رابعاً: يثبت بنكول المدعي عن اليمين. لأنه إذا عجز المدعى عليه عن إثبات دفعه هذا وطلب تحليف المدعي اليمين فيحلفه القاضي فإذا حلف على عدم العلم فيكون المدعى عليه خصماً للمدعي. لأن الخصومة تتوجه على المدعى عليه بظاهر اليد بحيث إنها قد حالت بين المدعي والمدعى به والمدعى عليه بإقراره المال لشخص آخر يريد إبطال الخصومة المتوجهة عليه فلذلك لا يقتدر على ذلك بدون حجة (الولوالجية في الفصل السادس من الدعوى). فإذا حكم للمدعي ثم حضر الغائب وأثبت بأنه أودعها للمدعى عليه فيحكم القاضي له (الهندية) وإذا نكل عن اليمين تندفع الخصومة (البحر).

سؤال ـ بما أن المدعى عليه إذا بيّن إحدى المسائل المخمسة وأثبتها تندفع خصومة المدعي فتكون هذه المادة حاوية لمسائل الدفع فكان يجب ذكرها في الفصل الثاني؟

الجواب ـ إن المذكور في الفصل الثاني هو دفع الدعوى والمذكور هنا هو دفع الخصومة والدعوى والخصومة شيئان مختلفان.

شروط المسائل المخمسة: إذا دفع المدعى عليه خصومة المدعي بقوله: إن المدعى به وديعة في يدي لفلان فيشترط ثمانية شروط لسماع هذا الدفع:

الشرط الأول ـ يجب على الدافع أن يعيّن في دفعه اسم الغائب المذكور وكذا الشهود وشهادتهم

فلذلك إذا قال الدافع قد أعطاني شخص لا أعرفه هذا المال وديعة فلا يكون قد دفعه وفي هذه الصورة يكون خصماً للمدعي (الخانية).

كذلك إذا ادعى الدافع الاستيداع من المجهول وشهد الشهود على الإيداع من المعلوم لا تندفع الخصومة كما أنه إذا ادعى المدعى عليه الاستيداع من المعلوم وشهد الشهود على الإيداع من المجهول فلا يقبل ولا يستمع الدفع. لأنه من الجائز أن يكون المودع المجهول هو المدعي نفسه، إلّا أنه إذا ادعى المدعى عليه الاستيداع من معلوم وشهد الشهود بأنهم يعلمون المودع إذا رأوه إلاّ أنهم لا يعلمون اسمه ونسبه فعند الإمام تقبل هذه الشهادة وتندفع الخصومة.

كذلك إذا أقر المدعي بأن رجلاً مجهول الاسم والنسب قد أودع المدعى به إلى المدعى عليه أو شهد الشهود بأن المدعي قد أقر بذلك تندفع الخصومة أيضاً (البحر والخانية ومجمع الأنهر).

الشرط الثاني ـ يجب إثبات الإيداع مثلاً قبل الحكم فعليه إذا ادعى المدعى عليه بناء على دعوى المدعي الملكية بأن المدعى به وديعة في يده ولم يستطع الإثبات كما أن المدعي قد حلف اليمين وحكم القاضي للمدعي بعد ثبوت دعواه ينفذ حكمه فإذا أقام المدعى عليه بعد ذلك البيّنة على الايداع لا يقبل. لأن المدعى عليه إذا لم يدع الإيداع أو ادعى الإيداع ولم يستطع الإثبات فلا يظهر أن يده ليست يد خصومة فتتوجه دعوى الخارج على المدعى عليه فإذا أقام المدعي البيّنة على ملكيته فيكون الحكم بالملكية صحيحاً ولا يمكن بعد ذلك للمدعى عليه إثبات الإيداع. لأن المدعى عليه قد أصبح أجنبياً (ابن عابدين على البحر). أما حق الغائب فلا يطرأ عليه خلل فإذا حضر الغائب يثبت الإيداع ويأخذ المال من المحكوم له (الهندية). أما إذا لم يثبت المدعى عليه الإيداع وأصبح خصماً للمدعي وأقام المدعي شاهداً واحداً على دعوى الملكية وقبل أن يحكم القاضي وجد المدعى عليه شهوداً ليشهدوا على الإيداع فيجب استماع بيّنته. لأنه يكون قد ظهر قبل الحكم أن المدعى عليه ليس بخصم للمدعي (الهندية).

الشرط الثالث ـ أن لا يكون المدعى عليه قد أقر قبلاً أو في الحال أن المدعى به ملكه. فلذلك إذا ادعى المدعي على المال الذي في يد المدعى عليه بالملك المطلق أو بالشراء الصحيح أو الفاسد أو الهبة والصدقة مع القبض وأنكر المدعى عليه وبعد أن أقام المدعي البيّنة ادعى المدعى عليه قائلاً إن هذا المال هو للغائب فلان قد باعه لي وأثبت ذلك لا تندفع خصومة المدعي وفي هذه الصورة يحكم القاضي ببرهان المدعي (البحر).

كذلك إذا قال المدعى عليه أن المدعى به كان ملكي وقد استحقه فلان الغائب وأثبت استحقاقه وحكم له ثم بعد الحكم قد أجره لي فلا تندفع خصومة المدعي. لأن المدعى عليه قد أقر بيد الخصومة (الخانية).

كذلك لو ادعى أحد على الدار التي في يد آخر قائلاً: إنها ملكي فأجابه المدعى عليه

قائلاً: إن هذه الدار قد بعتها وسلمتها إلى فلان الغائب ثم أودعني إياها ولم يصدقه المدعي على ذلك فليس للمدعى عليه إقامة البيّنة ودفع خصومة المدعي ما لم يقر المدعي ويصدقه. لأن المدعى عليه قد أصبح خصماً بإقراره أن المدعى به مـاله ويكون قد أراد بالتصرف الذي أجراه بالمدعى به إخراج نفسه من الخصومة فلا يسمع. إلاّ أنه إذا صدقه المدعي تندفع خصومته.

كذلك إذا قال المدعى عليه في غير مجلس الحكم: إن هذا المال لي ثم عند الادعاء عليه بذلك المال قال: في مجلس الحكم: إن هذا المال هو وديعة في يدي لفلان وأثبت ذلك فلا تندفع خصومة المدعي وفي هذه الصورة إذا أقام المدعي البيّنة على قول المدعى عليه الأول فيجعل المدعى عليه خصماً (مجمع الأنهر والبحر).

كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المال ملكي قد اشتريته من فلان الغائب في التاريخ الفلاني وادعى ذو اليد بأنني اشتريت ذلك المال من الغائب بعد التاريخ المذكور فهو ملكي فيكون خصماً للمدعي (مجمع الأنهر والهندية).

كذلك إذا باع أحد داراً لآخر أو أعارها له أو رهنها أو وهبها وسلمها وبعد ذلك غاب البائع أو المعير أو الراهن أو الواهب فظهر شخص آخر وأقام الدعوى على ذي اليد مدعياً بأن الغائب قد أجره الدار المذكورة مدة كذا قبل بيعها أو إعارتها أو رهنها أو هبتها و تسليمها للمدعى عليه فتسمع الدعوى ولا يشترط حضور الغائب (التنقيح والأنقروي).

الشرط الرابع ـ أن لا يقر المدعى عليه قبلاً أو في الحال بأن المدعى به ملك للمدعي فعليه لو ادعى أحد على ذي اليد قائلاً: إن هذه الدار ملكي وادعى ذو اليد قائلاً: بأن هـذه الدار كانت ملكي وقد بعتها قبلاً لفلان الغائب وقد أودعني إياها الغائب المذكور فإذا صدق المدعي تندفع خصومته وإذا كذبه وأراد المدعى عليه إقامة البيّنة على ذلك فلا تقبل ويحكم للمدعي بالدار (النتيجة).

كذلك إذا ادعى المدعي على ذي اليد قائلاً: إن هذه الدار ملكي وادعى ذو اليد قائلاً إن هذه الدار ملكك إلاّ أنه قد أودعني إياها فلان الغائب ولم يثبت يؤمر بتسليمها للمدعي. أما إذا ثبت الإيداع فتندفع خصومة المدعي (الهندية وابن عابدين على البحر).

الشرط الخامس ـ أن لا يدعي المدعي بأنه وكيل بالقبض عن الغائب فلذلك إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: أن وديعة فلان التي هي تحت يدك قد باعها لي ووكلني بقبضها منك واثبت الوكالة فللمدعي اخـذ المال المذكور من ذلك (البهجة) وقد ذكر هذا أيضاً في المادة (١٦٣٨).

الشرط السادس ـ أن لا يدعي المدعي على ذي اليد بفعل ما فلذلك إذا ادعى المدعي على ذي اليد بفعل ما، فلا فائدة من دفع المدعى عليه بقوله: أن المدعى به مثلاً وديعة في يدي بما لا يفيد لنفسه ملك الرقبة (البحر).

الفعل ـ الغصب. السرقة .وكقوله قد اودعتك أو اشتريت منك. مثلاً: لو ادعى المدعي على

ذي اليد قائلاً أن هذه الفرس لي قد غصبتها مني أو سرقتها مني أو اجرتها لك أو وهبتها وسلمتها لك فادعى المدعى عليه بأن هذا المال وديعة في يدي لفلان او عارية واراد اقامة البينة على ذلك لا يقبل(مجمع الانهر والهندية).

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً. قد استأجرت هذا المال من فلان وقبضته ثم غصبته أنت مني فيصبح المدعى عليه خصماً للمدعي أما إذا قال المدعي أن هذا المال قد اجره لي فلان الغائب وبدون أن يسلمه لي اجره مؤخراً لك فلا يكون المدعى عليه خصماً لهذا المدعي (الهندية).

كذلك إذا ادعى المدعي على المدعى عليه فعلاً ما لم تنته أحكامه كادعائه الاشتراء بألف درهم ويكون لم ينقد الثمن ولم يقبض المبيع ففي هذا الحال إذا قال المدعى عليه أن المدعى به هو للغائب فلان وأدعى أنه وديعة عنده أو غصبه من المذكور وأقام البينة فلا تندفع خصومته (الهندية).

كذلك لو ادعى أحد على العرصة التي في يد آخر قائلاً: أنها ملكي قد اخذتها مني غصباً فأجابه المدعى عليه بأن العرصة المذكورة هي ملك للغائب فلان وقد اجرها وسلمها لي فلا يكون قد دفع خصومة المدعي (النتيجة).

أما إذا ادعى المدعي على المدعى عليه عقدا ما قد أنتهت أحكامه كادعاء المدعي على المدعى عليه بأنه اشترى هذا المال منه ودفع الثمن وقبض المبيع فاذا قال المدعى عليه عن ذلك المال انه لفلان الغائب قد اودعني إياه فتندفع الخصومة عند بعض العلماء والصحيح هذا (الهندية والبحر والخانية).

إلّا أنه يجب كما ذكر آنفاً بأن يكون الفعل الذي ادعاه المدعي فعلاً عائداً بالمدعى عليه فاذا لم يكن عائداً أو متعلقاً به بل كان لشخص آخر غير ذي اليد فلا فائدة منه في دفع الخصومة. فلذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: ان هذه الفرس التي في يدك هي ملكي قد غصبت أو أخذت أو سرقت مني فأجابه المدعى عليه قائلاً: انه سلم لي وديعة من فلان واثبت ذلك فتندفع خصومته بالاجماع.

مستثنى - إذا ادعى المدعى عليه بفعل فيصير المدعى عليه خصماً فإذا ادعى المدعى عليه بأن المدعي قد اقر بأن المال المدعى به هو وديعة في يد المدعى عليه من الغائب وأثبت اقراره هذا فتندفع خصومة المدعي لثبوت اقرار المدعي أن يده ليس يد خصومة فاذا حضر المقر له بعد ذلك وأقام البينة على ذلك تقبل (الهندية).

الشرط السابع - يجب وجود الوديعة والمستعار وأمثالها، فعليه إذا كان المدعى به هالكاً فلا يشترط في دعوى ذلك حضور المودع بالفرض.

مثلاً: لو ادعى أحد على آخر قائلاً: ان المال الفلاني الذي تلف في يده هو مالي فأعطني بدله فادعى المدعى عليه قائلاً: ان المال المذكور هو وديعة فلان، أو أنني غصبته من فلان أو أن فلاناً

اجره لي أو رهنه عندي واثبت ذلك فلا تندفع خصومة المدعي لأن الدعوى في هذه الصورة هي دعوى عين ومحل الدين هو الذمة فالدين الذي في ذمة المدعى عليه لا يمكن أن يتبين أنه على الغير فلا تتوجه الخصومة على الغير (ابن عابدين على البحر والهندية).

الشرط الثامن - يجب أن لا يكون المدعى به شيئاً تعود منافعه للعموم كالطريق العام. فلذلك إذا كان المدعى به من هذا القبيل فلا يلتفت إلى الدفع والمدعى عليه يكون خصماً للمدعي، مثلاً إذا أخذ احد قسماً من الطريق العام وزرعه ثم دفعه إلى رجل آخر فظهر شخص وأدعى على ذي اليد بأن المحل المذكور طريق عام وادعى ذو اليد أن فلاناً الغائب قد سلمه لي ووكلني بحفظه وأقام البينة ينظر: فاذ كان المحل المذكور معلوماً أنه من الطريق العام فيكون المدعى عليه خصماً للمدعي وإذا كان غير معلوم والأمر مشكل فاذا اثبت الإيداع تؤخر الدعوى لحين حضور الغائب (الهندية).

المسائل التي احترز منها بذكر الأمور الخمسة:

أن ذكر الأمور الخمسة هنا وتخصيصها هو للاحتراز من ثلاث مسائل:

المسألة الأولى - الشراء: إذا ادعى المدعي الملك المطلق في المال الذي في يد المدعى عليه فأنكر المدعى عليه وأدعى بأن المال لفلان الغائب وأنه ابتاعه منه واثبت ذلك فلا تندفع خصومة المدعي (البحر) أنظر الشرط الثالث.

المسألة الثانية - الادعاء بالوقفية: إذا ادعى المدعى عليه أن المال المدعى به الذي في يده هو وقف موقوف على كذا من وجوه الخير فلا تندفع دعوى المدعي بقوله: أن المال المذكور ملكي فلذلك إذا اثبت المدعي دعواه يأخذ المدعى وإذا عجز عن الاثبات يحلف المدعى عليه فاذا حلف يبرأ وإذا نكل عن الحلف يضمن قيمته للمدعي. لأنه باقراره يكون ذلك المال وقفاً فاذا نكل فيتعذر تسليمه للمدعي بسبب اقراره بالوقف[1].

المسألة الثالثة - الاقرار. إذا ادعى المدعي المال الذي في يد المدعى عليه فأجاب المدعى عليه قائلاً: ان هذا المال ليس لي بل هو لفلان فلا يصح اقراره أي لا يكون تأثير للاقرار على المدعي ولا تندفع خصومة المدعي (الخانية والبحر).

(فائدة). ان اشتراط حضور المتولي في دعاوى المستغلات الموقوفة هو من المسائل المتفرعة عن هذه المادة. لأن المتصرف في عقار الوقف باجارتين هو بحكم المستأجر والمتولي بحكم المؤجر مثلاً: إذا ادعى عدد من الاشخاص على عرصة من مستغلات الوقف التي يتصرف بها احد بطريق الاجارة بأنها طريقهم الخاص فيقتضي حضور المتولي (جامع الاجارتين وعلي افندي).

---

(١) ولو اقام المدعى عليه البينة على الوقف فشهدوا أنه وقف ولم يذكر الواقف لا تندفع عنه خصومة المدعي ولا يبرأ عن الضمان. لأنه صار وقفاً باقراره فكان وجود هذه البينة وعدمها بمنزلة والاقرار بالوقف بمنزلة الاقرار للولد الصغير يلزمه بالوقف (الخانية).

أما إذا غصبت الوديعة أو المستعار أو المأجور أو المرهون أي غصبها المدعى عليه من المدعي فللوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن الادعاء بها على الغاصب ولا يجب حضور المالك لأن للغاصب والوديع يد معتبرة كما أن الوديع مأمور بالحفظ والاسترداد معد من الحفظ فلهما حق الاسترداد من المتعرض كما ان المستأجر مالك للمنفعة فله حق الخصومة بلا حضور المالك (البهجة).

مثلاً: إذا ادعى المدعي المال الذي في يد المدعى عليه قائلاً: ان هذا المال هو بإيجاري وقد غصبته مني وهو في يدي فاذا أجاب المدعى عليه قائلاً: ان هذا المال قد اودع لي من فلان الغائب فلا تندفع خصومة المدعي. كذلك إذا غصب أحد من آخر العقار الوقف الذي بايجاره وضبطه فأراد المغصوب منه المستأجر الادعاء بالعقار المذكور على الغاصب فلا يشترط حضور المتولي (البهجة). أما إذا لم يكن المدعى عليه غاصباً من المدعي فيشترط حضور المودع والوديع بالفرض أثناء الدعوى.

مثلاً: إذا لم يقل المدعي في دعواه أنت غصبت بل قال غصب مني وادعى المدعى عليه أن ذلك لفلان الغائب وأنه وديعة في يده واثبت ذلك تندفع خصومة المدعي (البحر).

وقد جاء في البحر(وقيد بدعوى الفعل على ذي اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكرناه وبرهن فانها تندفع بدعوى الملك المطلق كما في البزازية).

وإذا لم يحضر هؤلاء فليس للمالك أن يدعي بها على الغاصب. مثلاً: إذا اجر احد مالاً لآخر وسلمه إياه وغصب ذلك المال غاصب من يد المستأجر فلا تصح دعوى المالك على الغاصب بدون حضور المستأجر (الهندية).

إلّا أنه قد ذكر في شرح المادة (٧٤٦) المسألة الآتية وهي: إذا باع أحد وسلم المال الذي في عهدته وفاء بدون اذن الراهن ثم غاب فللراهن أي للبائع وفاء أن يطلب ويدعي ذلك المال من الشخص المذكور ويأخذه وأن كان حق الحبس هو للمرتهن إلّا أن الراهن حيث أنه مالك وله حق طلب ماله من الشخص الذي أمسكه بغير حق فله حق الادعاء وإذا حضر المرتهن بعد ذلك فله اخذ المال من الراهن (الانقروي).

لا فرق ظاهر بين هذه المسألة وبين مسألة الغصب من المستأجر التي ذكرت آنفاً. فعلى هذا الحال إذا غصب المأجور من المستأجر ولم يدع المستأجر فيجب أن يكون للمالك حق اقامة الدعوى على الغاصب بلا حضور المستأجر وأن يسترد المأجور وأن يكون للمستأجر حق اخذ المأجور من المالك عند حضوره بحكم الاجارة.

المادة (١٦٣٨) - (لا يكون الوديع خصماً للمشتري فلذلك إذا ادعى احد الدار التي تحت يد آخر قائلاً: قد اشتريت هذه الدار من فلان بكذا دراهم، فسلمني إياها فادعى الآخر بأن هذه الدار قد اودعها وسلمها ذلك الشخص

تندفع خصومة المدعي ولا حاجة لاثبات ايداع ذلك الشخص أما إذا قال المدعي نعم إن ذلك الشخص قد اودعك الدار إلّا أنه باعني إياها بعد ذلك ووكلني بقبضها وتسلمها منك واثبت البيع وتوكيل ذلك الشخص يأخذ تلك الدار من الوديع).

لا يكون الوديع خصماً لأربعة: أي للمشتري وللمغصوب منه وللموصى له ولدائن المودع.

عدم خصومة الوديع للمشتري؛ لو ادعى احد الدار التي تحت يد آخر قائلاً: قد اشتريت هذه الدار من فلان بكذا دراهم فسلمني إياها فادعى الآخر قائلاً: ان هذه الدار قد اودعني وسلمني إياها الشخص المذكور فتندفع خصومة المدعي، لأنه قد بين أن يد المدعى عليه ليست يد خصومة ولا حاجة لاثبات ايداع ذلك الشخص حيث قد فهم باتفاق الطرفين أن المالك الأصلي هو الغائب وأن وصول المدعى به إلى يد المدعى عليه من الغائب المذكور إلّا أنه للمدعي أن يطلب تحليف المدعى عليه اليمين على إيداع الشخص المذكور الدار له ولدى الطلب يحلف على البتات. أما إذا دعى المدعى عليه: بأنه قد تلقى اليد عن وكيل الغائب المذكور فلا تندفع خصومة المدعي بلا اثبات حيث أن ذا اليد منكر في هذه الصورة فلم يثبت تلقي اليد من المشترى منه كما أنه بانكار المدعي لم يثبت تلقي اليد من وكيل ذي اليد.

كذلك، إذا ادعى المدعى عليه الإيداع من رجل آخر فلا تندفع خصومة المدعي بمجرد دعواه هذه. مثلاً: إذا ادعى المدعي قائلاً: ان هذا المال لي قد اشتريته من مالكه الغائب زيد وادعى المدعى عليه قائلاً:قد اودع وسلم لي هذا المال من عمرو الغائب فلا تندفع خصومة المدعي ما لم يثبت الايداع (البحر) ولو ادعى شيئاً أنه له وقد غصبه منه فلان الغائب أو أعاره منه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده تندفع الخصومة بلا بينة لتوافقهما أن اليد لذلك الرجل (الدر المختار ورد المحتار).

عدم خصومة الوديع للمغصوب منه. لو ادعى احد الفرس التي في يد آخر قائلاً: ان هذه الفرس لي وقد غصبها فلان مني فأدعى المدعى عليه بأن الفرس المذكورة قد اودعت وسلمت له من الغائب المذكور فتندفع خصومة المدعي.

عدم خصومة الوديع للموصى له. إذا ادعى أحد الدار التي تحت يد آخر قائلاً: ان فلاناً المتوفي قد أوصى لي بهذه الدار فأجابه المدعى عليه قائلاً: قد اودعني المتوفي هذه الدار فتندفع خصومة المدعي ولا تسمع دعوى المدعي ما لم يحضر الوارث او الوصي (البحر).

أما إذا قال المدعي: نعم، أن ذلك الشخص قد اودعك هذه الدار إلّا أنه قد باعني إياها بعد ذلك ووكلني بقبضها وتسلمها منك أو قال نعم ان الشخص المذكور قد اودعك تلك الدار إلّا أنه توفي بعد ذلك وانحصر ارثه في واثبت بيع وتوكيل ذلك الشخص أو وفاته وانحصار ارثه فيه يأخذ

تلك الدار من الوديع لأن المدعي قد اثبت أنه احق بأمساك ذلك المال (البحر والاشباه والحموي) وتعبير إذا اثبت الوارد في هذه الفقرة للاحتراز من الاقرار لأنه إذا اقر المدعى عليه أقوال المدعي فلا يأمر الحاكم بتسليم الوديعة حتى لا يكون قد حكم على الغائب باقرار المستودع انظر شرح المادة (٧٩٤) (ابن عابدين على البحر والانقروي عن البزازية) أنظر القسم الخامس من اقسام الخصومة الوارد في شرح المادة (١٦٣٥).

وقد ورد في الانقروي عن الفصولين أنه من ادعى على آخر مالاً ارثاً عن ابيه فلو اقر به أمر بالدفع إليه وليس ذلك حكماً من القاضي على الاب حتى ولو جاء حياً ياخذ المال من الدفاع فيرجع هو على الآمر.

عدم خصومة الوديع لدائن المودع وتبين هذه المسألة في المادة الآتية:

المادة (١٦٣٩) - (لا يكون الوديع خصماً لدائن المودع فلذلك ليس للدائن أن يثبت في مواجهة الوديع مطلوبه من المودع وأن يستوفي الدين من الوديعة التي لديه ولكن لمن كانت نفقته واجبة على الغائب أن يدعي نفقته على الوديع ليأخذها من الوديعة).

لا يكون الوديع خصماً لدائن المودع فلذلك ليس للدائن أن يثبت في مواجهة الوديع طلبه الذي هو في ذمة المودع وأن يستوفي دينه من الوديعة التي لديه سواء كان الاثبات مبنياً على الاقرار أو على الانكار.

وبتعبير آخر ليس له أن يثبت أو أن يستوفي مطلوبه، وقد جاء في الانقروي عن المحيط أن دعوى الدائن على المودع لا تصح بخلاف دعوى الورثة عليه. وجاء في الخيرية أنه ليس للزوجة أن تدعي بمهرها على مدين الميت أو على مودعه أو على شريكه إنما الدعوى على وصيه أو وارثه ما لم يدع ويثبت الدائن أمر المودع للوديع بأن يدفع الدين من المال الذي في يده. مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: أن لي في ذمة فلان الغائب عشرة دنانير وقد امر الغائب هذا المدعى عليه أن يدفع مطلوبي العشرة دنانير من العشرة دنانير الوديعة التي تحت يده واثبت بأن له في ذمة الغائب عشرة دنانير وأثبت أيضاً أنها للغائب على الوجه المشروح فيحكم القاضي على المدعى عليه بتسليم تلك الوديعة إلى المدعي ويكون ذلك قضاء على الغائب وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب (الهندية).

لكن كما ذكر في المادة (٧٩٩) وشرحها. أن لمن كانت نفقته واجبة على الغائب أن يدعي نفقته على الوديع. أي كالثياب والمأكول. ليأخذها من مال الوديعة أو من المأكولات كالشعير والحنطة أو من الملبوسات وإذا سلم الوديع بأمر الحاكم للشخص الواجبة نفقته على المودع لا يضمن أنظر المادة (الـ ٩١) وقد جاء في الدر المختار أنه إذا امر القاضي مودع الغائب أو مدينه في اداء

النفقة إلى زوجته ثم حضر الغائب وأنكر اداءها فيقبل قول الوديع في الدفع بيمينه أما المدين فلا يقبل قوله الا ببينة.

أما إذا كانت الامانة التي في يد الوديع للغائب عروضاً وعقاراً من غير جنس النفقة فليس لمن له النفقة على الغائب أخذ نفقة من ذلك المال أنظر شرح المادة (٧٩٩).

المادة (١٦٤٠) - (لا يكون مدين المدين خصماً للدائن فلذلك ليس لاحد أن يثبت مطلوبه من ذمة المتوفي في مواجهة مدينه لاستيفائه منه).

لا يكون مدين المدين خصماً للدائن في الدعوى واثبات المدعى به فلذلك ليس لمن كان له في ذمة الميت أو في ذمة الغائب طلب أن يدعي ويثبت طلبه الذي في ذمة المتوفي أو في ذمة الغائب في مواجهة مدينها وليس له تحليف المدين إذا عجز عن الاثبات.

أما إذا اثبت الدائن دينه الذي في ذمة المتوفي في مواجهة خصم شرعي كالوارث أو الوصي واقر مدين المتوفي بأنه مدين للمتوفي فيأمره القاضي بأن يؤدي دينه الذي للمتوفي لهذا الدائن.

كذلك إذا توفي أحد وخلف ولدين فغاب أحدهما وادعى الولد الحاضر في مواجهة مدين المتوفي المدين بمائة دينار قائلاً: ان لي في ذمة والدي المتوفي مائة دينار وان هذا المدعى عليه مدين لوالدي بمائة دينار فدعواه الأولى وبينته لا تسمع ما لم يحضر أخوه الغائب وتسمع دعواه الثانية (الهندية والانقروي)[1]

ما لا يكون خصماً أيضاً:

(١) المستأجر للمستأجر.

(٢) المستأجر للمرتهن.

مثلاً: لو ادعى احد الدار التي في يد آخر قائلاً: ان هذه الدار لفلان وقد استأجرتها منه قبل استئجارك وقد اجرها مالكها لك بعد ذلك وسلمها لك فأجاب المدعى عليه قائلاً: قد استأجرتها أو ارتهنتها منه فتندفع خصومة المدعي. أما لو قال قد استأجرتها قبلاً منك وقبضتها وقد غصبتها مني تقبل ولا يلزم حضور المالك أنظر الفقرة الثانية من المادة (١٦٣٨) (الانقروي).

وإذا ادعى كل واحد منهما الاستئجار من شخصين مختلفين فيكونا خصمي بعضهما. فعليه لو ادعى احد قائلاً: قد استأجرت هذه الدار من زيد وادعى المدعى عليه قائلاً: قد استأجرتها من عمرو فتقبل الدعوى.

(١) ولكن إذا اثبت على من يصح الاثبات عليه كالوصي الوارث يثبت له ولاية الاستيفاء منها باعتبار أن تركة الميت في يدهما ولو أنكر الوارث كون التركة في يده فلرب الدين أن يثبت التركة في يده بالبينة ولو اقام رب الدين بينة على اجنبي أن هذا الذي في يدك من تركة مديني لا تقبل لأنه ليس بخصم في اثبات الملك للميت (الانقروي. وعن العمادية).

(٣) لا يكون الوكيل بالاقراض خصماً للمستقرض. مثلاً لو ادعى أحد قائلاً: انني قد أقرضت فلاناً بالوكالة عن فلان كذا دراهم فاطلبها منه لا تسمع (الانقروي) حيث يجب على الوكيل بالاقراض أن يضيف العقد إلى موكله كما هو موضح في شرح المادة (١٤٦٠).

وبما أن الوكيل يكون رسولاً فهو غير خصم.

(٤) لا يكون الدائن خصماً لدائن آخر فعليه إذا توفي احد وترك مقداراً من المال وترك وارثاً فأقام احد الدعوى في مواجهة الوارث مدعياً أن له في ذمة المتوفي مائة دينار واثبت ذلك وحلف اليمين واستوفى المبلغ من التركة فظهر شخص وطلب حضور ذلك الشخص بسبب غياب الوارث ليثبت بأن له في ذمة المدين مائة دينار فلا تسمع دعواه (الهندية).

(٥) لا يكون غاصب المتوفي أو مودعه أو الوكيل الذي قبض الدين بالوكالة عن الورثة أو مدين المتوفي أو دائنه أو الموصى له خصماً في الدعوى التي تقام على المتوفي(الخانية في الدعوى).

إذا كان للمتوفي مائة دينار مغصوبة في يد آخر أو قرض أو وديعة فظهر شخص وقال أن المتوفي قد اوصى لي بالدنانير التي في يد فلان أو التي في ذمته واثبت الوصية وكان المدعى عليه مقراً بالمال إلّا أنه قال لا اعلم وفاة المذكور فلا تصح الخصومة بينهم فيجب على المدعي أن يثبت دعواه هذه في مواجهة الوارث أو الوصي.

كذلك إذا وكل ورثة المتوفي احداً بقبض الدين الذي للمتوفي في ذمة شخص وقبضه فليس للدائنين أن يثبتوا دينهم في مواجهة الوكيل المذكور وأن يأخذوا المبلغ المذكور منه (علي افندي والحموي).

(١٦٤١)-(لا يكون المشتري من المشتري خصماً للبائع: مثلاً لو باع أحد لآخر مالاً وبعد القبض باعه المشتري لآخر وسلمه فلا تسمع دعوى البائع على المشتري الثاني بقوله إن المشتري الأول قبض ذلك المال بدون أداء ثمنه فاعطني ثمنه أو أعطني إياه لاحبسه لحين استيفاء الثمن).

لا يكون المشتري من المشتري خصماً للبائع: مثلاً لو باع أحد لآخر مالاً وقبضه المشتري بدون تأدية الثمن أو استحصال إذن البائع وباعه لآخر وسلمه إياه فلا تسمع دعوى البائع على المشتري الثاني بناء على إنكاره أو قوله لا أعرف الحقيقة بقوله في دعواه وأن المشتري الأول قد قبض المال بدون أن يدفع الثمن وبدون إذن مني فأدِ لي الثمن أو سلمني إياه لأحبسه لحين أن أقبض الثمن منك أو من المشتري الأول بل يجب عليه أن يدعي على الأول. أما إذا أقر المشتري الثاني بدعوى البائع فالبائع يسترد المبيع المذكور من المشتري الثاني وفي هذه المسألة مع أن المدعى عليه لا يكون خصماً في حالة إنكاره فقد أصبح خصماً حالة اقراره أنظر شرح المادة (١٦٣٤).

المادة (١٦٤٢) - (يصح أن يكون أحد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت أو له ولكن الخصم في دعوى عين من التركة هو الوارث الذي في يده تلك العين والوارث الذي لم يكن ذا اليد ليس بخصم: مثلاً يصح لأحد الورثة أن يدعي مطلوب الميت الذي هو في ذمة آخر وبعد الثبوت يحكم بجميع المطلوب لجميع الورثة وليس للوارث المدعي أن يطلب سوى حصته من ذلك وليس له قبض حصص باقي الورثة. كذلك لو أراد أحد أن يدعي بدين على التركة فله أن يدعي في حضور واحد من الورثة فقط سواء كان موجوداً في يد ذلك الوارث مال من التركة أو لم يوجد فإذا ادعى هكذا ديناً في حضور واحد من الورثة وأقر به ذلك الوارث يؤمر باعطاء ما أصاب حصته من ذلك الدين ولا يسري اقراره على باقي الورثة وإذا لم يقر وأثبت المدعي دعواه في حضور ذلك الوارث فقط فيحكم على جميع الورثة وإذا أراد المدعي أن يأخذ طلبه الذي حكم له به على الوجه المذكور من التركة فليس لباقي الورثة أن يقولوا للمدعي أثبت ذلك في حضورنا مرة ثانية ولكن لهم دفع دعوى المدعي. وأما إذا أراد أحد أن يدعي على التركة قبل القسمة الفرس التي هي في يد واحد من الورثة بقوله هذه فرسي وقد كنت أودعتها عند الميت فالخصم من الورثة هو ذو اليد فقط وإذا أدعى على أحد من باقي الورثة لا تسمع دعواه وإذا ادعى على ذي اليد وحكم باقراره فلا يسري اقراره على سائر الورثة ولا ينفذ إقراره إلا بمقدار حصته ويحكم على كون حصته في تلك الفرس المدعي وأن انكر الوارث الذي هو ذو اليد وأثبت المدعي دعواه يحكم على جميع الورثة (أنظر المادة ٧٨).

يصح أن يكون (أولًا) أحد الورثة خصماً في دعوى العين والدين التي تقام على الميت ولو كان أحد الورثة هو زوج المتوفي كما أنه يصح أن يكون (ثانياً) وصي المتوفي أو الوكيل الذي ينصبه القاضي بسبب كون الورثة صغاراً أو غائبين خصماً في دعوى العين أو الدين التي تقام على الميت أو له ولو كانت التركة مستغرقة بالديون ولم يكن موجوداً مال في يدهم لأن إثبات الدين على هذا الحال فيه فائدة التمكين من استيفاء الدين في حالة ظهور مال للمتوفي (النتيجة) ويجب أن تعد المادة (١٦٧٣) مستثناة من هذه المادة.

إن هذه الفقرة تحتوي على حكمين.

الحكم الأول - أن يكون أحد الورثة فقط خصماً في دعوى العين أو الدين التي تقام على الميت أو له هذا فيما إذا كان المدعى به موروثاً عن مورث واحد.

دعوى العين. إذا ادعى أحد العين التي في يد آخر قائلاً: إن هذه العين هي لوالدي فلان المتوفي وقد توفي وتركها ميراثاً لي وللورثة الآخرين وذكر عدد الورثة فالدعوى صحيحة. إلا أنه عندما يصل الأمر إلى التسليم يجب عليه أن يبين مقدار حصته من تلك العين (الهندية)[١].

كذلك إذا ادعى أحد الورثة على زوجة المتوفي قائلاً: إنك قد أخذت كذا أشياء قيمتها كذا دراهم من مال المتوفي واخفيتها وعجز عن الإثبات وحلفها اليمين فليس لباقي الورثة بعد ذلك تحليفها اليمين (علي أفندي).

دعوى الدين. ومثاله مذكور في متن المجلة. وان ادعى دين الميت على أحد لا بد من بيان عدد الورثة (الانقروي على البزازية).

فإذا ادعى أحد الورثة على الوجه المذكور في هذه الفقرة للميت فادعى مثلاً وفاة والده وانحصار الإرث فيه وأن لمورثه كذا مبلغاً في ذمة المدعى عليه أو كذا عيناً في يده فيسأل المدعى عليه فإن أقر المدعى عليه بجميع ذلك فيحكم القاضي على المدعى عليه باداء جميع المدعى به للمدعي ولا يكون هذا الحكم حكماً على الغائب المورث المتوفي. حتى أنه لو جاء المورث حياً فيأخذ المال المحكوم به من المحكوم عليه ويرجع المحكوم عليه على الوارث المدعي ويأخذ منه ما اعطاه له وإذا أنكر المدعى عليه ابتداء دعوى الوارث وطلب المدعي تحليفه على عدم العلم بوفاة فلان ابن فلان وعلى كون المدعي ابناً له فيحلف المدعى عليه فإذا حلف المدعى عليه على ذلك الوجه فيكون المدعي مجبوراً لإثبات وفاة والده وانحصار إرثه فيه وإذا نكل المدعى عليه فيكون قد أقر بالموت والنسب ولا يجعل القاضي الابن خصماً بإقامة البينة على الدين وإنما يجعله خصماً في حكم التحليف على المال بالله ما لفلان ابن فلان الميت عليك هذا المال وعلى دعوى النسب والموت يحلف على عدم العلم ثم يكرر اليمين أو يكتفي بيمين واحدة فهو على الخلاف الذي ذكرناه (الخانية).

الحكم الثاني ـ يكون أحد الورثة أو الوصي خصماً في الدعوى التي تقام على الميت سواء كانت الدعوى عيناً أو ديناً. إلا أنه إذا أنكر المدعى عليه وفاة مورثه فيحلف على عدم العلم بوفاة مورثه وعلى عدم وصول مال مورثه له. وعند عامة المشايخ يحلف مرتين أولاً على الصورة الأولى. فإذا نكل يحلف على الصورة الثانية. وعند بعض العلماء يحلف مرة واحدة (الخانية).

---

(١) وكذا لو ادعى على آخر عقاراً إرثاً له ولأخيه الغائب وبرهن على ما ادعاه دفع إلى المدعي نصفه مشاعاً وترك نصيب الغائب مع ذي اليد بلا أخذ كفيل منه ولو كان ذو اليد جاحداً دعواه عند الإمام. لأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي التعرض بلا خصم كما إذا رأى شيئاً في يد إنسان يعلم أنه لغيره لا ينازعه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضي. وقالا إن لم يكن جاحداً فكذا وإن كان جاحداً أخذ القاضي النصف الآخر منه ووضعه عند أمين حتى يقدم الغائب وإذا كانت الدعوى في المنقول يؤخذ من ذي اليد اتفاقاً في الأصح ويوضع عند عدل إلى حضور صاحبه لإمكان كتمان المنقول بخلاف العقار. لأنه محفوظ بنفسه وأجمعوا أنه لا يؤخذ لو مقراً (الملتقى وشرحه) ولكن صحيح في التنوير والدرر بأن المنقول مثل العقار يأخذ الحاضر حصته منه ويترك باقيه في يد ذي اليد.

وإذا أنكر المدعى عليه الوارث وصول التركة إلى يده فليس للمدعي أن يجعله مسئولاً عن الدين ما لم يثبت وصول التركة إليه فعلى هذه الصورة إذا أثبت الدائن في مواجهة الوارث الدين وأراد إثبات كفاية التركة للدين فيجب عليه بيان التركة. فإذا كانت التركة عقاراً فيجب بيان حدوده إلا أنه إذا ادعى بأن الورثة قد أقروا بأن التركة وافية بقضاء الدين فلا يجب بيان التركة (الهندية).

وإذا أنكر الوارث مطلوب المدعي الدائن وأقر الدائن الذي استحصل على حقه فيشارك الغريم الثاني الغريم الأول لاقراره بالتركة (نتيجة الفتاوي) وإذا لم يثبت المدعي أخذ المدعى عليه الوارث شيئاً من التركة يحلف المدعى عليه والتحليف يكون على البتات أي على هذا الوجه (والله لم يصلني من مال مورثي المقدار الذي ادعاه المدعي واثبته أو مقداراً منه) فإذا نكل يحكم عليه وإذا حلف لا يلزمه شيء.

دعوى العين: لو ادعى أحد الورثة المتاع الذي في يد آخر قائلاً: إن هذا المتاع هو من تركة المتوفي وادعى ذلك بنفسه والورثة الآخرين فادعى المدعى عليه بأن المتوفي قد باعه ذلك المتاع في حال صحته بكذا دراهم وسلمه إياه وأثبت دفعه هذا في مواجهة وارث المدعي فتندفع دعوى الإرث في حق الحاضر والغائب وليس للورثة الآخرين أن يقولوا للمذكور أثبت البيع في مواجهتنا مرة أخرى وإلا ندخل المتاع في الميراث (على افندي والتكملة ورد المحتار).

أما امين بيت المال المأمور بجمع وحفظ أموال بيت المال فلا يكون خصماً في الدعوى التي تتعلق بالمتوفي بصفته مدعي ومدعى عليه ما لم يأذنه القاضي بالخصومة. أما إذا أذنه القاضي بالخصومة ففي تلك الحال تصح خصومته باعتباره وصياً (علي افندي والبهجة).

أما في الخصومات المتعلقة ببيت المال فلأمين بيت المال الموكل من السلطان أن يكون مدعياً ومدعى عليه بالخصومات المذكورة فله حق الخصومة في المسائل المتعلقة ببيت المال بصفته مدعي ومدعى عليه. (تكملة رد المحتار).

أما في زماننا فللدوائر الرسمية وكلاء منصوبون بإرادة ملوكية.

صيرورة الوصي خصماً. إذا توفي أحد وكانت ورثته في ديار أخرى بعيدة مدة السفر ونصب القاضي وصياً. وادعى أحد في مواجهة الوصي المذكور على المتوفي ديناً كذا درهماً وأثبت مدعاه وأخذه من التركة فليس للورثة عند حضورهم أن يطلبوا أن يثبت المدعي دعواه ثانية في حضورهم (علي أفندي).

وقد ورد في الخانية (رجل مات في بلد وله وارث في بلد آخر فجاء رجل وادعى على الميت ديناً فأراد أن يثبت دينه على الميت فطلب من القاضي أن ينصب وصياً للميت حتى يقيم عليه البينة إن كان الوارث غائباً غيبة منقطعة نصب القاضي وصياً فإذا أقام المدعي بينة عليه قضى القاضي له بدينه وإن لم تكن الغيبة منقطعة لا ينصب القاضي وصياً).

كذلك إذا ادعى المدعي في مواجهة وصي الصغار وأثبت دعواه وحكم له وأخذ المال المدعى به فليس للصغير أن يطلب عند بلوغه إثبات المدعي دعواه في مواجهته ثانية (على أفندي).

ولو ادعى وصي الميت ديناً عليه فالقاضي ينصب وصياً آخر يدعي عليه إذ دعواه على نفسه لا تصح ولو ادعى هذا الوصي ديناً على الميت وعجز عن إثباته يعزل وقيل لا يخرج القاضي المال من يده لو قال لي على الميت دين ولو ادعى شيئاً أخرجه من يده وقيل يعزل. لأنه يستحل مال اليتيم وقيل يقول له القاضي إما أن تبرئه أو تقيم البينة وإلا أعزلك فلو فعله عزل (الانقروي عن العمادية).

ثالثاً: يكون الموصى له خصماً عند عدم الوصي والوارث. مثلاً لو توفي أحد ولم يكن له وارث ولا وصي وأوصى بجميع أمواله لأحد فللموصى له المذكور أن يكون خصماً في الدعوى التي تقام على التركة وقد ورد في الهندية (أن الموصى له بالثلث لا يكون خصماً لدائن الميت سواء كان الوارث حاضراً أو غائباً أما الموصى له بأكثر من الثلث فيصلح خصماً لدائن الميت لأن استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث والوارث ينصب خصماً للغريم).

رابعاً: يكون من وهبه وسلمه المتوفي في مرض موته خصماً فعليه لو وهب أحد في مرض موته جميع ماله لآخر وسلمه إياه ثم تـوفي فادعى دائن بأن له في ذمة المتوفي كذا دراهم في مواجهة الموهوب له المذكور تسمع الدعوى. لأن الدين متعلق في التركة وهي في يده لكن يشترط أن تكون الهبة في مرض الموت لأن الدين إنما يتعلق بها فيه (تكملة رد المحتار).

الخصم في دعوى النسب: ان الدعوى المقصودة في هذه المادة هي دعوى غير النسب أما في دعوى النسب وإثباته فالخصم الوارث والوصي ومدين المتوفي ومستودع المتوفي ودائنه والموصى له سواء كانوا مقرين بالمدعى به أو منكرين (علي أفندي).

الخصم في دعوى الوصاية. إذا أراد أحد أن يدعي بأنه وصي المتوفي فوارث المتوفي ومدينه والموصى له يكون خصماً له.

ولكن الخصم في دعوى عين من التركة غير مقسومة لجميعها في يد الحاضر ومصدق من المدعى عليه بأنها ميراث هو الوارث الذي في يده تلك العين والوارث الذي لم يكن ذا اليد ليس بخصم ولا يصح أن يكون مدعى عليه أنظر المادة (١٦٣٥).

مع أنه في دعوى الدين يصح أن يكون أحد الورثة خصماً عن الباقي وأما في دعوى العين فلا يكون خصماً. لأن حق الدائن سار وشائع على جميع التركة. أما المدعي بعين المدعى به فليس كذلك (تكملة رد المحتار).

وإذا أقيمت الدعوى حسب هذه الفقرة على الوارث الواضع اليد على العين وأثبت الدعوى فيسري الحكم على سائر الورثة مثلاً: لو ادعى أحد الدار التي هي من التركة وتحت يد وارث قبل القسمة في مواجهة ذلك الوارث قائلاً: أن المتوفي قد باعني إياها في حال صحته وأثبت ما ادعاه

واستحصل على الحكم فليس لسائر الورثة أن يطلبوا إثبات المدعي دعواه مرة أخرى في حضورهم (علي أفندي) حتى أنه لو كان بعض العين تحت يد وارث والبعض الآخر تحت يد وارث آخر وادعى المدعي على أحدهما وأثبت دعواه فالحكم صحيح في الحصة التي تحت يد المدعى عليه فقط (التكملة).

إيضاح القيود:

١ ـ غير مقسوم: أما إذا كانت العين المذكورة قسمت بين الحاضر والغائب فلا يكون الحاضر خصماً عن الغائب، مثلاً إذا قسمت تلك العين فأودع الغائب حصته عند الحاضر فلا يكون الحاضر خصماً عن الغائب كما هو الحال في الأموال الأخرى. وعلى ذلك فالحكم على الحاضر لا يتعدى إلى الغائب ولا يكون الغائب محكوماً عليه بهذا الحكم (تكملة رد المحتار).

٢ ـ الموجود جميعه في يد الحاضر: فعليه إذا كان بعض في يد مستودع الغائب فلا يكون خصماً (التكملة).

٣ ـ ومصدق من المدعى عليه بكونه ميراثاً: فعليه إذا أنكر المدعى عليه بأن العين المذكورة موروثة وادعى أنها ماله المشترى أو أن حصته موروثة عن رجل آخر أو أنها ملكه المطلق فلا يكون الحاضر خصماً عن الغائب ولذلك فالحكم على الحاضر لا يتجاوزه إلى الغائب.

٤ ـ الخصم أي المدعى عليه: أما في الإدعاء بعين من التركة يكون وارث واحد خصماً وفي هذه الصورة إذا أثبت الوارث المدعي مدعاه بالبينة فيستفيد هو من الحكم ويستفيد الورثة الآخرون هذا إذا إدعاه ارثاً له ولهم (الطحطاوي علي أبي السعود).

مصلاً يصح لأحد الورثة أن يدعي جميع مطلوب الميت الذي هو في ذمة آخر كما أن له إذا أنكر المدعى عليه طلب تحليفه اليمين وليس للورثة بعد ذلك أن يطلبوا تحليفه مرة ثانية في مواجهتهم.

وبعد الثبوت يحكم بجميع مطلوب المذكور لجميع الورثة ولا حاجة لتقديم الورثة دعوى أخرى وإثباتهم الدعوى.

أما إذا لم يدع الوارث جميع المطلوب بل ادعى حصته فقط واستحصل على حكم فيكون قد ثبت ذلك المقدار ولم يثبت حصة الآخرين. مثلاً: لو ادعى ابن المتوفي قائلاً قد ترك والدي المتوفي ثلاثة أولاد وبنتاً وأن لوالدي المتوفي في ذمة هذا الرجل سبعمائة درهم فاطلب حصتي المائتي درهم فيحكم له بالمئتي درهم فقط ولا يحكم بحصص الورثة الآخرين لأنه يشترط في الحكم سبق الدعوى. انظر المادة (الـ ١٨٢٩) وليس للوارث المدعي الذي ادعى بجميع حصة الورثة واستحصل حكماً بجميع الحصص أن يقبض إلا حصته من ذلك وليس له قبض حصص سائر الورثة ما لم يكن وكيلاً عنهم بالقبض وفي هذه الحالة إذا أقر المدعى عليه بدعوى المدعي الوارث تبقى حصص الورثة الآخرين في يده وإذا أنكر تؤخذ من يده وتوضع في يد عدل وتحفظ سواء كان

المدعى به منقولاً أو عقاراً فهو مساوٍ في نزعه من يد المدعى عليه لأن نزعه من الخائن أبلغ في الحفظ حيث يحتمل فرار المدين أو أن يجري حيلة يبطل بها حق الغائب (تكملة المحتار والهندية).

وكذلك لو أراد أحد أن يدعي بدين من التركة فله أن يدعي في حضور واحد من الورثة فقط سواء وجد في يد ذلك الوارث مال من التركة أو لم يوجد وسواء كان للميت مال أصلاً أو كانت تركته مستغرقة بالديون حيث يحتمل بعد استحصال المدعي على التركة حكماً أن يظهر مالاً للمتوفى كالبضاعة أو الوديعة أو الدين ويستفيد المدعي من ذلك استيفاء حقه من ذلك المال وإذا لم يكن للمدعي حق في إثبات دعواه في الحال فيحتمل أن تتوفى شهوده أو يتغيبوا ويضيع بسبب ذلك حقه بالكلية وفي هذه الصورة إذا أثبت الدائن دينه على التركة المستغرقة بالديون في مواجهة الوارث وأثبت دعواه واستحصل على حكم فليس للدائنين الآخرين أن يطلبوا إثبات المدعي دعواه في حضورهم (علي أفندي).

وإذا ادعى المدعي دعواه في حضور وارث واحد وأنكر الوارث المدعى عليه الدين وعجز المدعي عن الإثبات فيحلف كل وارث على حدة على كونهم لا يعلمون بأن الميت مدين للمدعي بذلك المبلغ أو بأقل منه ولا يسقط اليمين عن باقي الورثة بحلف بعض الورثة. لأن الناس يتفاوتون في اليمين ولأن الوارث يستحلف على العلم وربما لا يعلم الأول بدين الميت ويعلم الثاني (الخانية). .

وإذا كان بعض الورثة صغيراً أو غائباً فيحلف الصغير عند بلوغه والغائب عند حضوره (الهندية).

أما إذا لم يوجد مال في التركة مطلقاً ولم يثبت المدعي مدعاه فلا يحلف الورثة عند بعض الفقهاء وعند بعضهم يحلف على عدم العلم (التكملة والخانية).

أما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ولم يستخلصها الورثة وامتنعوا عن قضاء الدين فلا يجبرون على الأداء وينصب من طرف القاضي وصي وتباع التركة بمعرفته ويوفى الدين منها (علي أفندي). للورثة استخلاص التركة كما أنه إذا امتنع بعض الورثة عن الاستخلاص فللبعض الآخر استخلاصها.

والاستخلاص عبارة عن تأدية قيم التركة الحقيقية للدائنين وضبط التركة ففي هذا الحال ليس للدائنين أن يقولوا أننا نضبط التركة عيناً كما أنه ليس لهم إذا أراد الورثة استخلاص التركة طلب قيمة أكثر من قيمتها الحقيقية ومطالبة الورثة بكل الدين (الهندية).

وإذا أثبت الدائن مطلوبه في مواجهة أحد الورثة على الوجه المبين ينظر فإذا ظفر الدائن بكل الورثة في حضور القاضي فيؤخذ من كل منهم على قدر حصته ولا يؤخذ كل الدين من وارث. وأما إذا ظفر بأحد الورثة فقط فيؤخذ منه من المال بقدر ما في يده من التركة أي يستوفي الدائن جميع دينه من ذلك المال وللوارث المذكور أن يرجع بعد ذلك على الورثة الآخرين (علي أفندي وتكملة رد المحتار في الإقرار والدعوى والهندية).

كما أنه إذا وجد مال في يد الوصي لأجل تنفيذ الوصية فللدائن أن يأخذ جميع مطلوبه منها (علي أفندي) ولو أقر الوراث بالدين وقال لم يصل إلي شيء من التركة فإن صدقه المدعي بذلك فلا شيء له وإن كذبه وقال: لا بل وصل إليه ألف درهم أو أكثر أراد أن يحلفه على البتات بأن ما وصل إليك من مال مورثك هذه الألف ولا شيء منه فإن نكل لزمه القضاء وإن حلف لا شيء عليه غير أنه لو كان الوارث منكراً وأراد أن يحلفه على الدين فليس له أن يمتنع عن اليمين بحجة أن ليس بيده شيء من التركة (الأنقروي عن التاتارخانية).

ولا يشترط في الإدعاء على التركة على هذا الوجه بيان عدد الورثة[1] أما في دعوى الميراث فيشترط بيان عدد الورثة فلذلك إذا ادعى أحد بأن لي في ذمة الميت فلان كذا دراهم من جهة القرض في مواجهة وارث تصح دعواه ولا يشترط تحقيق وسؤال كم عدد ورثة المتوفي ومن هم.

أما ادعاء المدعي بقوله: إنني وارث للمتوفي من جهة كذا فاطلب حصتي الإرثية من هذا المال أو من االمطلوب الذي في ذمة فلان وإن حصتي الإرثية هي كذا فيجب في هذه الدعوى بيان عدد ورثة المتوفي سواء كان المدعى به ديناً أو عيناً (الهندية والأنقروي على البزازية).

وإذا ادعى الدين على هذا الوجه في مواجهة وارث وأقر الوارث بالدين حالة كون التركة لم تكن مستغرقة بالديون أو أنكر الدين فنكل عن حلف اليمين فيحلف الدائن حسب المادة (١٧٤٦). ويؤمر ذلك الوارث بإعطاء ما أصاب حصته من ذلك الدين للمدعي من التركة التي قبضها. مثلاً لو مات أحد وترك أربعة أولاد فادعى شخص على أحد أولاده بأن له في ذمة االميت أربعين ديناراً وأقر الوارث المدعى عليه بدعوى المدعي فيؤخذ من المقر ربع الدين (النتيجة وتكملة رد المحتار في الإقرار) ولا يلزم الباقي المقر كما أن هذا الإقرار لا يلزم الورثة الآخرين بشيء.

وكذا لو مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم فأخذ كل ألفا ثم ادعى رجل آخر أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد الورثة يأخذ منه الموصى له ثلث ما في يده (الأنقروي عن العمادية). ولا يسري إقراره أو نكوله عن اليمين على سائر الورثة (علي أفندي).

وفي هذه الصورة لو كانت جميع التركة في يد المقر وأدى المقر جميع الدين من التركة فللورثة الباقين تضمين حصصهم للمقر.

يفتى كما هو مصرح في فتوى علي أفندي بأخذ كل الدين من حصة المقر إذا أقر إلى حين نشر المجلة أما بعد النشر فلا يفتى ولا يحكم بذلك. وقد ورد في الدر المحتار ورد المختار أنه أذا أقر الوارث بدين ثم شهد هو ورجل آخر أن الدين كان على الميت تقبل شهادة هذا المقر ولو بعد القضاء لعدم دفع المغرم لأن المقر لا يلزمه كل الدين بحكم هذه الفقرة.

---

(١) ادعى الدين في التركة لا حاجة إلى ذكر كل الورثة بل ذكر واحد منهم وبرهن على أنه واجب عليه إداء الدين من التركة في يده يكتفي وإذا كان صغيراً برهن على وصيه.

أما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون أي أن الديون كانت مساوية للتركة أو أزيد منها فعند بعض الفقهاء لا يعتبر إقرار الورثة كما أنه في حالة إنكارهم لا يحلفون اليمين (الأنقروي والنتيجة).

واللائق أن يعتبر إقرار الوارث في حق نفسه حتى أنه لو ظهر للمتوفي مال آخر فيكون للدائن حق استيفاء دينه من ذلك المال ولكن لا يحلف الوارث من أجل ذلك لأنها فائدة موهومة (الهندية). مثلاً إذا ادعى أحد بدين على تركة متوف مدين بألف درهم وله تركة تساوي ألف درهم ولم يثبت دعواه فليس للدائن تحليف الوارث كما أنه لا يحلف الدائن (الأنقروي). والإقرار بالقبض مقصور على المقر ولا يسري على سائر الورثة مثلاً لو أقر أحد الورثة بأن مورثه الميت قد قبض دينه الذي في ذمة فلان حال حياته فيبرأ المدين من حصة المقر فقط ولباقي الورثة أن يأخذوا حصصهم من المدين ولا يشاركهم المقر في ذلك. انظر المادتين (١٥٦١ و١٥٦٩).

وإذا لم يقر الوارث وأثبت المدعي دعواه في حضور ذلك الوارث فقط فيحكم على جميع الورثة فلذلك إذا أقر المدعى عليه الوارث أو أقر جميع الورثة بالدين فإذا أثبت المدعي دعواه بإقامة الشهود فيستفيد بتعدي ذلك الحكم وسريانه على الورثة الآخرين وعلى الغرماء الذين سيظهرون في المستقبل (الهندية).

كالوكيل يقبض الوديعة أراد أن يبرهن على أنه وكيل بقبضها مع إقرار الوديع أو الموصي له بالثلث أراد أن يبرهن على الوصية مع إقرار الوارث أو الوكيل بالبيع أقر بقبض الثمن فأراد المشتري أن يبرهن على نقده الثمن له ذلك (الأنقروي عن البزازية). لو أقر الكبار بدين فعلى الغريم البينة ليثبت دينه في حق الصغار إذ إقرار الكبار لم يعمل في حق الصغار ولو أقر به كل الورثة فأقام المدعي بينة تقبل لاحتياجه إلى الإثبات في حق غيرهم أيضاً إذ ربما يظهر غريم آخر ودينه ظاهر ودين المقر له لا يظهر في حقه بإقرار الورثة ولو قضى الوارث دين الميت من التركة بإقراره فجاء دائن آخر يضمن له وإن أداه بقضاء لم يضمن ويشارك الأول (الأنقروي عن الفصولين).

وإذا أراد المدعي أن يأخذ طلبه من التركة الذي أثته في مواجهة واحد من الورثة فليس لسائر الورثة أن يقولوا له اثبت ذلك في حضورنا مرة أخرى وإلا لا نؤدي الدين ولكن لهم دفع دعوى المدعي. أنظر شرح المادة (١٦٣١).

كذلك إذا ادعى المدعي وأثبت في مواجهة أحد الورثة وصية المتوفي فليس لسائر الورثة أن يقولوا له اثبت ذلك في حضورنا (علي أفندي).

وأما إذا لم يكن المدعى به ديناً وادعى المدعي من التركة قبل القسمة الفرس التي هي في يد واحد من الورثة بقوله هذه فرسي وقد كنت أُودعتها عند الميت أو رهنتها أو غصبها الميت مني. فالخصم من الورثة هو ذو اليد فقط وإن ادعى على أحد من الورثة الذي لم يكن ذا يد على المال المذكور فلا تسمع دعواه. انظر المادة (١٦٣٥). حتى إذا كانت الفرس المذكورة في يد وكيل الوارث والوارث غائب فالوارث الحاضر يكون خصماً في الحصة التي في يده ولا يكون خصماً في المقدار الذي يكون في يد وكيل الوارث الغائب (الخانية).

والحاصل أنه إنما ينتصب الحاضر خصماً عن الباقين بثلاثة شروط: كون العين كلها في يده، وإلا تكون مقسومة وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت (المعين).

وإذا ادعى على ذي اليد وحكم بإقراره أو حكم بنكوله عن اليمين لعدم حلفه اليمين الذي كلف بحلفه فلا يسري الحكم على سائر الورثة ولا ينفذ إقراره أو نكوله عن اليمين إلا بمقدار حصته ويحكم على كون حصته الإرثية في تلك الفرس للمدعي.

مثلاً لو كان للميت ثلاثة أولاد وأقر أحدهم فيحكم بثلث الفرس فقط للمدعي. فلذلك تكون الفرس المذكورة مشتركة بين المدعي وبين ولدي الميت اثلاثاً.

وإن أنكر الوارث الذي هو ذو اليد أو أقر وأثبت المدعي دعواه وصدق الورثة الغائبون عن مجلس المحاكمة لدى حضورهم على كون العين المذكورة موروثة عن الميت يحكم على جميع الورثة. انظر المادة (٧٨). حتى إذا حضر بعد ذلك وارث آخر وادعى تلك العين بالإرث لا تسمع دعواه لأنه صار محكوماً عليه.

أما أذا ادعى الورثة الغائبون عند حضورهم أن العين المدعى بها هي ملكهم بطريق الشراء أو هي موروثة لهم عن مورث آخر فلا يسري الحكم المذكور على الورثة الغائبين (الأنقروي).

وتعبيروان انكرليس احترازياً فعليه لو أقر المدعى عليه الوارث فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة ليسري الحكم على سائر الورثة. كما أن تعبير قبل القسمة لم يكن احترازياً. لأن الحكم بعد القسمة هو على المنوال المشروح أيضاً.

كذلك إذا اقتسم الورثة عيناً موروثة بينهم وأودع بعض الورثة حصتهم في تلك العين للورثة الآخرين وغاب فظهر شخص وادعى العين المذكورة من الوارث الحاضر وأثبتها فيحكم على جميع الورثة (الأنقروي).

يكون المشتري للمشتري خصماً. مثلاً إذا باع أحد مالاً لآخر ولم يقبض ثمنه ثم باعه لآخر وسلمه إياه للمشتري الأول أن يدعي على المشتري الثاني بالمال المذكور بأنه ملكه. لأن المدعي يدعي الملك لنفسه وذو اليد يعارضه في ذلك ولكن لا يأخذه من ذي اليد بدون تسليم الثمن (الهندية).

يكون الغاصب بعضاً خصماً للبائع. مثلاً لو باع أحد ماله من آخر وقبل تسليمه غصب من يده ينظر: أذا أدى المشتري الثمن للبائع أو كان ثمن المبيع مؤجلاً فالخصم المشتري وإلّا فالخصم البائع. (الهندية).

يكون الوديع خصماً للورثة مثلاً إذا ادعى المدعي على ذي اليد قائلاً إن المال الفلاني الذي في يدك هو لمورثي فلان وبوفاته أصبح إرثاً منحصراً فيَّ وادعى المدعى عليه بأن المال المذكور قد أودعه عنده ذلك الشخص فلا تندفع خصومة المدعي (البحر).

المادة (١٦٤٣) - (ليس لأحد الشركاء في عين ملكوها بسبب غير الإرث أن يكون في الدعوى خصماً للمدعى في حصة الآخر. مثلاً لو ادعى أحد في حضور أحد الشركاء الدار التي ملكوها بطريق الشراء أنها ملكه وأثبت ما ادعاه وحكم بذلك يكون الحكم مقصوراً على حصة الشريك الحاضر فقط ولا يسري إلى حصص الباقين).

ليس لأحد الشركاء في عين ملكوها بسبب غير الإرث أن يكون خصماً للمدعي في حصة الآخر في الدعوى التي تقام لهم أو عليهم لأنه لا ينتصب أحد خصماً عن أحد قصداً بغير وكالة أو نيابة أو ولاية (الأشباه).

لا يكون خصماً في الدعوى التي تقام عليهم. مثلاً لو ادعى أحد في حضور أحد الشركاء الدار التي ملكوها بطريق الشراء أو الإتهاب بأنها ملكه وأقر المدعى عليه أو أثبت المدعي دعواه وحكم بذلك يكون الحكم الواقع مقصوراً على حصة الشريك الحاضر ولا يسري إلى حصص الباقين.

مثلاً لو ادعى أحد الدار المملوكة مشتركة بالتساوي بطريق الشراء بين ثلاثة أشخاص في حضور أحد الشركاء فقط وأثبت دعواه فيأخذ ثلث تلك الدار فقط ولا يسري الحكم على الشريكين الآخرين ما لم يثبت دعواه في حضورهما.

لا يكون خصماً في الدعاوى التي تقام منه. مثلاً لو ادعى أحد قائلاً إن هذا المال هو مشترك مناصفة بيني وبين فلان الغائب وقد اشتريناه بكذا درهماً من هذا المدعي عليه وأقام البيّنة على ذلك فيحكم بنصف ذلك المال للمدعي وإذا حضر الشريك الغائب فيقتضي عليه أن يدعي حصته على حدة وأن يثبت فيها دعواه (البزازية في الدعوى).

وقد ورد في الهندية. رجل مات وأوصى بوصايا شتى لأشخاص كثيرين وحضر واحد من الموصى لهم وأقام البيّنة على الوصية بحضور أحد الورثة فعلى قول أبي حنيفة يقضى بنصيب الحاضر دون الغائب.

أما في دعوى الدين المشترك بسبب غير الإرث فلا يكون أحد الشركاء خصماً عن الشريك الآخر عند الإمام ويكون خصماً عند الأمامين مثلاً: لو باع اثنان المال المشترك بينهما مناصفة لآخر بعشرة دنانير وادعى أحد الشركاء الثمن من الشخص المذكور وأثبته فيحكم عند الإمام بخمسة دنانير فقط وإذا حضر الدائن الآخر يقيم الدعوى ثانية ويثبت مدعاه وإذا لم يثبت مدعاه يرجع على شريكه في مقبوضه. أنظر المادة (١١٠١). أما عند الإمامين فيحكم بجميع الدين ولا حاجة لإقامة الشريك الغائب دعوى ثانية وإثبات مدعاه. أنظر المادة (١١٠٠).

وقد ورد في الدرر والغرر (ثم على قولهما إذا حضر الغائب وصدق الحاضر فيما أدعاه كان بالخيار إن شاء شارك المدعي فيما قبض ثم يتبعان المطلوب وإن شاء يتبع المطلوب ويأخذ نصيبه).

وليس في هذه المادة ما يدل على ترجيح أحد هذين المذهبين إلّا أن قول الإمامين هو موجب للتسهيل في حق الناس.

المادة (١٦٤٤) - (يكون واحد من العامة مدعياً في دعاوى المحلات التي يعود نفعها إلى العموم كالطريق العام وتسمع دعواه ويحكم على المدعى عليه).

يكون واحد من العامة مدعياً في دعاوى المحلات التي يعود نفعها إلى العموم كالطريق العام أو المرعى العائد لقرية أو لقرى متعددة أو المحتطب أو النهر أو المرعى وتسمع دعواه ويحكم على المدعى عليه ويستفيد العامة من هذا الحكم.

مثلاً إذا أحدث أحد في الطريق العامة حفرة أو بروزاً وكان في ذلك ضرر فاحش على المارين فلشخص واحد أن يدعي على المحدث الحدث في الطريق وأن يطلب رفعه كما أنه يكون واحد من العامة مدعى عليه كما هو مذكور في المادة (١٦٤٥).

أما إذا لم تكن المنافع عائدة للعموم وكان أحدهما مدعياً والآخر مدعى عليه فالحكم الذي يصدر لا يسري على الآخرين.

مثلاً. لو كان مائة وخمسون شخصاً يملكون عقاراً بطريق الشراء أو الإتهاب وأرادوا الادعاء بذلك العقار على أحد فإذا ادعى هذه الدعوى أحد الشركاء فالدعوى والحكم يكونان مقصورين في حصته ولا يعتبر بأنه مدع عن حصص باقي الشركاء. أنظر المادة الآنفة. وبتعبير آخر لا يقال بأن المدعي هم قوم غير محصورين وأنه تجوز الدعوى من أحدهم توفيقاً للمادة (١٦٤٦). لأنه إن كان المدعي هم قوم غير محصورين إلّا أن الدعوى لم تكن من الأشياء التي تعود منافعها للعموم كما سيوضح ذلك في المادة الآتية.

المادة (١٦٤٥) - (يكفي حضور البعض من الطرفين في دعوى الأشياء التي تكون منافعها مشتركة بين أهالي قريتين كالنهر والمرعى إذا كانوا قوماً غير محصورين وإما إذا كانوا محصورين فلا يكفي حضور بعضهم بل يلزم حضورهم كلهم أو وكلائهم).

يكفي حضور البعض من الطرفين في دعوى الأشياء التي تكون منافعها مشتركة بين قريتين كالنهر والمرعى والمحتطب المشتركة منافعها بين أهل القرية والحكم الذي على الحاضر أو له يكون خصماً على الغائب أو له.

مثلاً. لو ادعى أهل قرية نهراً عظيماً عائداً لأهالي قرية أخرى قومها غير محصورين فترى الدعوى بحضور شخصين من الطرفين فإذا أثبت الطرف المدعي دعواه بالبيّنة وحكم على الخصم فالحكم المذكور يسري على جميع المدعى عليهم أي على الحاضرين في المحاكمة منهم وغير الحاضر. أما إذا لم تثبت هذه الدعاوى العائدة للعامة بالبيّنة وثبت بإقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فهل يجوز إعطاء الحكم بذلك؟ وقد ذكر في شرح المادة (١٢٢٢). بعض المسائل الشرعية المماثلة لذلك.

وأما إذا كانوا قوماً محصورين فلا يكفي حضور بعض الطرفين بل يلزم حضورهم كلهم أو وكلائهم وإذا أصدر الحكم لهم أو عليهم بحضور البعض فقط فالحكم المذكور نافذ في حق حصة الحاضرين فقط ولا يسري على الغائبين. أنظر المادة (١٦٤٣).

والفرق هو: إذا كانوا قوماً محصورين فلا مشقة في حضورهم جميعهم أما إذا كانوا غير محصورين ففي حضورهم مشقة والمشقة توجب التسهيل.

المادة (١٦٤٦) - (أهالي القرية الذين عددهم يزيد عن المائة يعدون قوماً غير محصورين).

ويدخل في ذلك الصغار والكبار والرجال والنساء والعقلاء والمجانين. (عبد الحليم في آخر الوقف وفي أوائل الشفعة والإسعاف والأنقروي عن الخانية بزيادة).

فعليه يجب إدخال الصغار والمجانين الذين هم غير أهل للدعوى في حساب المدعين لأن هؤلاء من أهل تلك القرية.



الفصل الرابع

في بيان التناقض

قد ذكر في شرح المادة (١٦٣٦). انه يشترط في صحة الدعوى عدم وقوع التناقض فيها فلذلك لا تسمع الدعوى التي يقع تناقض فيها لأن كذب المدعي يظهر في الدعوى التي يقع فيها التناقض. مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المال ملكي وأثبت المدعى عليه بأن المدعي قد طلب شراء ذلك المال منه يظهر كذب المدعي في دعواه.

تذكر بعض أنواع التناقض على الوجه الآتي:

١ - الادعاء بالملكية بعد استشراء المدعى به أو استئجاره ونحوه.

٢ - الادعاء بالملكية بعد الإقرار بأن المدعى به ملك للغير.

٣ - الادعاء بالملكية بعد الإبراء.

٤ - الادعاء بالملكية في دار بعد الادعاء بالتولية على وقف تلك الدار.

٥ - الادعاء بالملكية بعد الادعاء بأن الدار وقف عليه.

٦ - الادعاء بفساد البيع أو النكاح بعد كفالة ثمن المبيع أو الصداق.

٧ ـ ادعاء الاكراه في التوكيل بعد الأقرار بأن التوكيل وقع طوعاً.

٨ - الادعاء بأن الفراغ وفاء بعد الإقرار بأن الفراغ قطعياً.

٩ - الادعاء بعشرة دنانير وديعة بعد الادعاء بالعشرة دنانير من جهة ثمن المبيع.

١٠ - الادعاء بأن الملك المذكور لم يكن ملكه بل إنه ملك فلان بعد أن باعه لآخر وسلمه إياه على كونه ملكه.

١١ - الادعاء بملكية المبيع بعد الكفالة على الدرك أو تقاضي الثمن.

١٢ - الادعاء بملكية المبيع بعد قبض ثمن المبيع وكالة وإعطائه لموكله.

١٣ - إدعاء المشترى بعيب قديم في المبيع بعد قبضه المبيع وإقراره باستيفاء حقه.

١٤ - الادعاء بقوله إنني أديت الدين قبل الإقرار مفضولاً عن الإقرار بعد أن أقر بأنه مدين لفلان بعشرة دنانير.

١٥ - إذا ادعى أحد قائلاً: قد أعطيتك عشرة دنانير لتسلمها لفلان ولم تسلمها له وبقيت في يدك فأجابه المدعى عليه: أنت لم تسلمني إياها ثم رجع وادعى قائلاً إنك سلمتني إياها إلّا أنني قد سلمت المبلغ المذكور لذلك الشخص.

١٦ ـ إذا أدعى أحد على آخر قائلاً: قد سلمت لفلان بناءً على أمرك لي بشرط الرجوع عشرة دنانير فأجابه المدعى عليه قائلاً: انني لم آمرك مطلقاً وأنك لم تعط فلاناً شيئاً ثم قوله بعد ذلك انك أبرأتني من المبلغ المذكور.

١٧ ـ إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: قد بعتني هذا الحانوت فأجابه المدعى عليه قائلاً: انه لم يحصل بيننا بيع ولاشراء ثم ادعى بعد ذلك بأن البيع وفاء.

١٨ ـ الادعاء بايفاء مورثه للدين بعد الاقرار بدين مورثه.

١٩ ـ قول المدين: قد اديت لك الدين قبل اقراري بعد أن قال المدين لدائنه قد سلمت دينك لفلان بدون اذن منك.

٢٠ ـ ادعاء المدعى عليه الاقرار مواضعة بعداجابته على دعوى المدعي الذي ادعى عليه أن لي في ذمتك كذا مبلغاً بقوله له انني لم اتعامل معك ابداً.

٢١ ـ ادعاء المدعى عليه اداء الدين في مصر الجديدة بعد ادعائه باداء الدين له في العباسية.

٢٢ ـ الادعاء باداء الأصيل للدين بعد الاقرار بالدين من جهة الكفالة.

٢٣ ـ إذا ادعى أحد من أخيه قائلاً: ان هذه الدار موروثة عن والدنا لي حصة ارثية فيها فأجابه المدعى عليه أنه لم يكن لوالدنا حق في الماضي في تلك الدار ثم رجع وادعى بعد ذلك بأنه اشتري تلك الدار من والده كان تناقضاً.

٢٤ ـ إذا أقام شخص دعوى بمال على أنه لآخر ثم ادعاه لنفسه بعد ذلك فيعد ذلك تناقضاً.

٢٥ ـ الادعاء بعين الحق من احد بعد الادعاء به على آخر تناقض.

٢٦ ـ ادعاء المقسوم بعد الابتداربتقسيم التركة تناقض.

٢٧ ـ الادعاء بوقوع العمد وفاء أو وقوعه فاسداً بعد الاقرار بصدور العقد منه باتاً وصحيحاً.

٢٨ ـ إذا باع أحد مالاً ورآه أحد اقاربه وسكت ثم أدعى بعد ذلك المال فهو تناقض.

٢٩ ـ إذا شاهد أحد تصرف أحد في مال هدماً وبناء وغرساً مدةوسكت ثم أدعى بعد ذلك بأنه ملكه كان تناقضاً.

وهذه المسائل ستفصل وتوضح في هذا الفصل.

المادة (١٦٤٧) ـ (التناقض يكون مانعاً لدعوى الملك مثلاً إذا استشرى أحد مالاً أي اراد شراءه ثم ادعى أن ذلك المال كان ملكه قبل الاستشراء لاتسمع دعواه، وكذلك لو قال ليس لي حق عند فلان مطلقاً ثم ادعى عليه شيئاً لا تسمع دعواه، وكذلك لو ادعى أحد على آخر بقوله كنت أعطيتك كذا مقداراً من الدراهم على أن تعطيها إلى فلان فلم تعطها له وبقيت في يدك فأحضرها لي وأنكر المدعى عليه ذلك وبعد أن أقام المدعي البينة رجع المدعى عليه واراد دفع

الدعوى بقوله نعم كنت أعطيتني تلك الدراهم إلاّ أنني اديتها له فلا يسمع دفعه، وكذلك لو ادعى أحد الحانوت الذي هو في يد غيره بأنه ملكه وأجاب ذو اليدبقوله: نعم كان ملكك ولكن بعتني إياه في التاريخ الفلاني وأنكر المدعي ذلك بقوله لم يجر بيننا بيع ولا شراء قط وبعد أن أثبت ذو اليد دعواه رجع المدعي فأدعى قائلاً. نعم كنت بعت لك ذلك الحانوت في ذلك التاريخ لكن هذا البيع كان وفاء أو بشرط مفسد هو كذا فلا يسمع).

التناقض يكون مانعاً لدعوى ملكية المناقض لنفسه في حصته. وبتعبير آخر إذا وقع تناقض في دعوى ترد الدعوى الثانية التي حصل فيها التناقض ولا تسمع والكلامان اللذان يريان متناقضين يمنعان صحة الدعوى سواء تكلم بهما في مجلس القاضي أو تكلم بأولهما في غير مجلس القاضي وتكلم بالآخر في مجلس القاضي لكن إذا تكلم بالأول في غير مجلس القاضي يجب أثبات التكلم به في مجلس القاضي حتي يثبت التناقض (تكملة رد المحتار والانقروي ومعين الحكام).

وبقوله (مانعاً لدعوى الملك) للاحتراز من دعوى النسب ولذلك فالتناقض في دعوى النسب ودعوى الأبوة أو دعوى البنوة لا يمنع الدعوى. مثلاً لو أدعى أحد على آخر قائلاً: أنه والدي أو أنه ابني فأطلب نفقة منه فأجاب المدعى عليه قائلاً: أن هذا المدعي ليس بأبني أو ليس والدي ثم توفي المدعي وأدعى المدعى عليه هذه المرة الأرث قائلاً: أن المتوفي هو أبني أو ابي فتقبل دعواه.

كذلك لو قال أحد بأني لست وارثاً لفلان المتوفي ثم ادعى بعد ذلك أنه وارث وبين جهة الأرث فتقبل دعواه (لأن ادعاء الولادة مجرداً يقبل لعدم حمل النسب على الغير بخلاف دعوى الأخوة).

كذلك إذا كان متصرفاً في غلة الوقف المشروطة غلته لأولاد الواقف مطلقاً وأولاد أولاده زيد وعمرو وبكر من أولاد الواقف وبعد ان اقر بشر بأنه ليس من أولاد الواقف أدعى على زيد وعمرو وبكر المذكورين قائلاً: أنه من أولاد الواقف طالباً مشاركتهم في غلة الوقف وأثبت مدعاه على الوجه الشرعي فليس للمدعى عليهم أن يقولوا للمدعي أن دعواك غير مسموعة لأنك اقررت بأنك لست من أولاد الواقف (الهندية وجامع الاجارتين وعلي أفندي).

لكن لا يسري تناقض المتناقض إلى مشاركة. مثلاً لو استشرى أحد المال الذي في يد آخر ثم أدعى ذلك الشخص مع أخيه بأن المال المذكور هو ملكهما المشترك قبل الاستشراء أو ادعيا بأن المال المذكور كان مال ابيهما وقت الاستشراء وأنه أصبح ميراثاً لهما بعد وفاته فلا تسمع دعوى المستشري إلاّ أنه تسمع دعوى أخيه في التصف (الهندية).

التناقض يمنع اصل الدعوى كما أنه يمنع دفع الدعوى أيضاً.

أمثلة على كونه مانعاً لأصل الدعوى:

١ ـ إذا استشرى أحد أو وكيله مالاً من المدعى عليه أو من غيره ولو بكتاب أو استوهبه أو استعاره أو استأجره أو شهد بأن المال لشخص آخر أو طلب أخذه مزارعة أو مساقاة ثم أدعى بأن ذلك المال ملكه أو موروثاً عن أبيه قبل ذلك فلا تسمع دعواه، ويحترزبقوله ذلك من زوائده. (البهجة) أنظر شرح المادة (١٥٨٣).

وإذا ثبت استشراؤه المال المذكور قبل ادعاء الملكية فيمنع من معارضة المدعى عليه حتى أن المدعي لو قال في مقام الدفع أن المدعى به كان ملكي وحيث أن المدعى عليه قد قبضه مني ولم يرجعه لي فقد استشريته فلا يقبل منه هذا التوفيق.

أما إذا لم يثبت الاستشراء بالبينة فهل لمدعي الاستشراء أن يحلف الطرف الآخر اليمين؟ قد ذكرني شرح الباب الثاني قاعدة للمسائل التي يلزم فيها اليمين فليرجع إليها.

والحاصل أن الأمور الثمانية وهي الاستشراء؛ والاتبهاب؛ والاستيداع، والاستئجار والشهادة على كون المال لآخر، والاستعارة،وطلب المزارعة، وطلب المساقاة منافية لدعوى الملكية ما لم يكن ذلك قابلاً للتوفيق ويوفقه المدعي كالقول قد استشريته بعد المساومة أو أن المساوم منه كان وكيلاً بالبيع عن فلان.

وقد جاء في الهندية: قال عند المساومة ان هذا الثوب لأبي ووكلك ببيعه فبعه مني فلم يتفق بينهما بيع ثم أدعى الأرث عن أبيه يقبل لعدم التناقض. كذلك لو قال عند الدعوى كان لأبيه ووكله ببيعه فاشتريته ثم مات وترك ثمنه ميراثاً لي يسمع ويقضي له بالثمن لأنه ليس بمتناقض.

مسائل متفرعة عن ذلك:

١ ـ إذا استأجر أحد بالاجارتين وقف من متولي الوقف وأدعى بعد الاستئجار أن العرصة المذكورة ملكه لا تسمع دعواه (جامع الاجارتين).

٢ ـ إذا اثبت المدعي عليه بأن المدعي قد استشرى المال المدعي به من فلان الشخص الآخر، واثبت ذلك يكون قد دفع دعوى المدعي (الهندية).

٣ ـ إذا اثبت المدعى عليه مساومة وكيل المدعي في مجلس القضاء فليس للوكيل والموكل الدعوى أما إذا اثبت المدعى عليه مساومة الوكيل في غير مجلس القضاء ينعزل الوكيل عن الوكالة. وفي هذه الصورة إذا كانت وكالة الوكيل مستثنى فيها اقراره على موكله وساوم الوكيل في مجلس القضاء ينعزل الوكيل عن الوكالة فقط وللموكل أن يعقب دعواه (الهندية). انظر المادة (١٥٨٣).

٤ ـ إذا كتب أحد لآخر كتاباً معنوناً ومرسوماً طالباً فيه شراء عرصته قائلاً: بعني عرصتك الفلانية فلم يبعها له فاذا ادعى المذكور بعد ذلك بأن العرصة ملكه قبل الاستشراء فلا تسمع (البهجة).

٥ ـ **إذا أخذ أحد ارضاً مزارعة أو روضة مساقاة ثم ادعى بعد ذلك أن تلك الأرض أو تلك** الروضة هي ملكه فلا تسمع دعواه ما لم يقل بأنني اشتريتها منه بعد المزارعة أو المساقاة وفي تلك الحال تقبل الدعوى أنظر المادة (١٦٥٧).

٦ ـ أن تعبير الملكية الواردة في هذه المادة ليس للاحتراز من التصرف فلذلك إذا استأجر احد ارضاً أميرية من آخر ثم ادعى على المؤجر بأن الأرض المذكورة في تصرفه قبل الاستئجار فلا تسمع دعواه (النتيجة).

وقوله (قبل الاستشراء) للاحتراز لأنه إذا ادعى أنه اشتراه من مالكه بعد الاستشراء وأثبت ذلك يقبل (الهندية).

وقوله (ذلك المال) للاحتراز من زوائد ذلك المال،مثلاً لو ادعى أحد النخيل الذي في يد آخر قائلاً أنه ملكي فاجابه المدعى عليه قائلاً: قد استشريت مني بلح ذلك النخيل فلا يكون هذا الادعاء دفعاً (الهندية).

وقوله (ملكه) فهو تعبير احترازي على قول وغير احترازي على قول آخر أنظر شرح المادة (١٥٨٣) (الانقروي والخانية).

ادعاء الطرفين على بعضهما الاستيام أو الاقرار ـ إذا أقام المدعي عليه البينة على **استيام** المدعي للمال المدعى به في التاريخ الفلاني فأقام المدعي أيضاً البينة على استيام المدعى عليه المال المذكور بعد التاريخ المذكور تقبل البينة الثانية ويبطل الدفع الأول لأن **الاستيام** اقرار بالملك للمستام منه على رواية الجامعة فالمدعي بهذا الدفع يكون قد ادعى بأن صاحب اليد قد أقر بأن المال للمدعي ويكون قد ارتفع التناقض بتصديق الخصم، أما إذا لم يذكر الطرفان تاريخاً للاقرار فيندفع اقرار كل منهما بأقرار الآخر وتبقى بينة المدعي الملك المطلق على حالها.

كذلك إذا ادعى المدعي بأن المال الذي في يد المدعى عليه ملكه وأن المدعى عليه قد اقر بذلك وادعى المدعى عليه بأن المال المدعى به هو ملكه وأن المدعي قد اقر بذلك وأقام الطرفان البينة على **الاقرار المشروح فتبطل البينتان وتبقى اليد بلا معارض (وهذا على الرواية التي جعلت الاستيام إقراراً بالملك** للمستام منه وعلى الرواية التي جعلت الاستيام اقراراً بأن لا ملك له فكذلك يصح هذا الدفع. **لأن** اقرار ذي اليد بأن لا ملك له وثمة أحد يدعي الملك لنفسه أو لغيره بالوكالة لا تسمع دعواه ولم يكن ذلك **إقراراً** بالملك للبائع فتسمع دعواه لغيره بالوكالة). (الخانية والهندية).

كذلك لو ادعى المدعي المال الذي في يد المدعى عليه قائلاً: ان هذا المال لي حتى أن المدعى عليه قد أقر بأنه ملكي فأدعى المدعى عليه بأن المدعي المذكور قد استوهب ذلك المال منه وأقام الاثنان البينة فتبطل البينتان موضوع التعارض فيهما ويترك المال لذي اليد.

٣ ـ وكذلك لو قال ليس لي حق عند فلان أو ليس لي دعوى معه مطلقاً ثم ادعى لنفسه عليه شيئاً

سواء كان عيناً أو ديناً لا تسمع دعواه ما لم يدع حقاً حادثاً بعد الابراء ففي ذلك الحال تسمع الدعوى أنظر المادة (١٥٦٣). أما إذا ادعى الآخر بالوكالة أو الولاية أو الوصاية فتسمع الدعوى منه. قد ذكرت هذه المسألة في المادة (١٦٥).

٤ - إذا اقر احد في مرض موته أو في حال صحته قائلاً: ليس لي حق ومطلوب عند وارثي الفلاني أو عند فلان الاجنبي ثم توفي بعد ذلك فأدعى الورثة الآخرون حقاً لمورثهم من ذلك الوارث فلا تسمع دعواهم أنظر المادة (١٦٥٢) (رد المحتار). أما إذا ادعى بالوكالة أو بالولاية أو بالوصاية شيئاً فتسمع الدعوى.

٥ - إذا ادعى المدعي التولية على دار موقوفة أو ادعى أنها موقوفة عليه ثم ادعى بعد ذلك بأن تلك الدار ملكه فلا تسمع دعواه.

٦- إذا كفل احد ثمن المبيع أو الصداق ثم ادعى فساد البيع أو النكاح بقوله أن البيع وقع بكذا شرطاً فاسداً فلا يقبل لأن اقدامه على التزام المال هو اقرار منه بصحة وجوب المال فلا يسمع بعد ذلك ادعاؤه الفساد (النتيجة والانقروي).

٧ - إذا أوكل أحد آخر في بيع كرمه لمملوك له وباعه الوكيل لآخر وسلمه إياه وأقر بعد ذلك بأن التوكيل المذكور كان طوعاً ثم ادعى بعد ذلك بأن التوكيل كان بإكراه معتبر فلا تسمع دعواه (البهجة).

٨ - إذا تفرغ أحد بالحانوت الوقف الجاري في تصرفه بالإجارتين لآخر ببدل وأقر بعد ذلك بأن الفراغ المذكور كان قطعياً وإنه لم يبق له أي علاقة في الحانوت المذكور ثم ادعى بعد ذلك بأنه أفرغ الحانوت وفاء فلا تسمع دعواه (جامع الإجارتين).

٩ - إذا ادعى المدعي ديناً من جهة ثمن المبيع فأنكر المدعى عليه ولم يستطيع المدعي الإثبات ثم رجع المدعي وادعى أن المبلغ المذكور لم يكن ثمن مبيع بل هو وديعة فلا تسمع دعواه أما إذا ادعى أولاً أنه وديعة وادعى ثانية أنه دين فتسمع الدعوى (البهجة).

كذلك إذا ادعى أولاً على أن المطلوب هو مال شركة ثم ادعى ثانياً بأنه دين فتقبل الدعوى. أما إذا ادعى أولاً الدين وادعى ثانياً أنه مال شركة فلا يقبل لأن مال الشركة ينقلب ديناً بالجحود أما الدين فلا ينقلب للإمانة أو الشركة (النتيجة).

١٠ - إذا باع أحد مالاً لآخر أو وهبه وسلمه على أنه ملكه ثم ادعى بعد ذلك بأن المال المذكور ليس ماله بل هو مال فلان وأنه باعه أو وهبه وسلمه فضولاً فلا تستمع دعواه كما أنه لو شهد على ذلك في دعوى ذلك الشخص فلا تقبل شهادته (على أفندي). أنظر المادة (١٠٠).

١١ - إذا ادعى أحد الملك في البيع بعد أن كفل كفالة درك وتقاضى الثمن فلا تسمع دعواه.

مثلاً لو باع أحد ماله لآخر وكفله أحد على الدرك ثم ادعى بعد ذلك أن المال المذكور ملكه فلا تسمع دعواه (رد المحتار).

١٢ - إذا ادعى المشتري بأن المبيع معيب بعيب قديم بعد قبضه الثمن وإقراره باستيفاء حقه فلا تسمع دعواه حيث إن المبيع متعين فقبضه إياه وإقراره باستيفاء الحق يكون تناقضاً في دعوى العيب (تكملة رد المحتار).

أما إذا ادعى الدائن بأن مقبوضه زيف بعد إقراره بقبض الدين فقد مر في حق ذلك إيضاحات في شرح المادة (١١١٣). ومن يريد زيادة التفصيل فعليه أن يراجع كتاب الدر المختار، مع كتاب الدعوى في حواشيه.

١٣ - لو قال أحد إنني مدين لفلان بعشرة دنانير ثم قال مفصولاً قد أديت ذلك الإقرار فلا يسمع دفعه هذا، أما إذا قال ذلك موصولاً بإقراره فتسمع دعواه وتقبل بيّنته استحساناً. كذلك لو قال أحد كنت مديناً لفلان بعشرة دنانير وادعى أداء المبلغ قبل الإقرار فتسمع دعواه وتقبل بيّنته سواء ادعى ذلك مفصولاً أو ادعاء موصولاً بالإقرار (الهندية وعلي أفندي).

كذلك لو ادعى أحد على ورثة المتوفي بأن له في ذمة المتوفي كذا ديناراً من جهة القرض وطلب أداء ذلك له من التركة فأقر الورثة وأدوا ذلك ثم ادعوا بعد ذلك على المدعي قائلين: إنك قد أقررت قبل إقرارنا بأنه ليس لك في ذمة مورثنا حق أو ادعوا قائلين: بأن مورثنا قد أوفى لك ذلك الدين فلا تسمع دعواهم للتناقض (علي أفندي).

١٤ - إذا ادعى أحداً مبلغاً من جهة القرض ثم رجع وادعاه من جهة الكفالة فلا تسمع دعواه.

١٥ - إذا ادعى أحد قائلاً: إن هذا المال مالي قد ورثته عن أبي ثم رجع وادعى بقوله: إنني اشتريته من أبي فلا تسمع دعواه.

أما لو قال بالعكس: إن هذا المال اشتريته من أبي ثم قال بعد ذلك انه ميراث عن أبي فتسمع دعواه لأنه يمكن توفيق ذلك بقوله قد اشتريته من أبي فأنكر بيعه ولم استطع إثبات الشراء ثم ورثته بعد وفاة والدي (التنقيح).

أمثلة على كون التناقض مانعاً لدفع الدعوى:

١ - لو ادعى أحد على آخر قائلاً: قد أعطيتك كذا درهماً لتسلمها لفلان فلم تسلمه وبقيت الدراهم في يدك فادفعها لي فأنكر المدعى عليه قائلاً لم تسلمها إلي فأقام المدعي البيّنة على تأدية المبلغ المذكور للمدعى عليه فرجع المدعى عليه بعد ذلك قائلاً. نعم قد أديتني كذا درهماً لأسلمها لذلك الرجل وقد سلمته ذلك المبلغ فلا يسمع دفعه هذا والتناقض في هذه المسألة واقع بقوله لم تسلمها لي. أما إذا أنكر المبلغ المذكور بقوله لا يلزمني رد وإعادة ذلك المبلغ إليك فأثبت المدعي ثم دفع الدعوى على الوجه المذكور فتسمع لأنه ليس في ذلك تناقض.

٢ - إذا ادعى أحد من آخر قائلاً قد أديت فلاناً كذا درهماً بناء على أمرك لي على شرط الرجوع وأجاب المدعى عليه بقوله إنني لم آمرك مطلقاً كما أنك لم تسلم ذلك الشخص شيئاً وبعد أن أقام المدعي البيّنة على مدعاه رجع المدعى عليه قائلاً للمدعي إنك قد أبرأتني من المبلغ المذكور

فلا يسمع. لأن الإبراء من الدين يدل على سبق الوجوب والحال أن المدعى عليه قد أنكر سبق الوجوب بالكلية. كذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً كفلت المبلغ المطلوب لي من ذمة فلان وأجاب المدعى عليه منكراً للدعوى بقوله لم أكفل مطلقاً وبعد أن أثبت المدعي الكفالة رجع المدعى عليه وادعى قائلاً: إنك قد أبرأتني من الكفالة فلا تسمع دعواه (البهجة)

كذلك إذا ادعى أحد كذا درهماً من مال الشركة فأنكر المدعى عليه الدعوى بقوله لم يقع بيننا شركة مطلقاً أو قال إنك لم تؤدِ لي أي مال فأثبت المدعي دعواه وادعى المدعى عليه بعد ذلك بقوله قد أديتك ذلك المال فلا يقبل. أما إذا أجاب المدعى عليه على دعوى المدعي المذكورة بقوله: ليس في يدي مال شركة أو ليس بيني وبينك الآن شركة فاثبت المدعي دعواه وقال المدعى عليه بعد ذلك قد رددت لك ذلك المال يقبل الدفع.

٣ - كذلك إذا ادعى أحد الحانوت الذي في يد آخر بقوله إنه ملكي فدفع ذو اليد الدعوى بقوله: نعم ان الحانوت المذكور كان ملكك لكن قد بعتني إياه في التاريخ الفلاني وأنكر المدعي البيع والشراء كلياً بقوله لم يجر بيننا بيع وشراء مطلقاً وبعد أن أثبت ذو اليد دعواه رجع المدعي وقال: نعم كنت في الحقيقة قد بعتك الحانوت المذكور في ذلك التاريخ إلاّ أن هذا البيع وقع وفاء أو كان بكذا شرطاً مفسداً لو أننا أقلنا البيع بعد ذلك وقصد الفسخ فلا يقبل.

٤ ـ إذا ادعى أحد على آخر بقوله: إن لي في ذمتك كذا دراهم وادعى عليه بقوله لم أؤد لك ذلك المبلغ بل أديته إلى فلان بدون إذن منك ثم ادعى بعد هذا الإقرار بقوله قد أديت لك ذلك المبلغ قبل الإقرار فلا تسمع دعواه (علي أفندي).

٥ - لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك كذا درهماً من جهة القرض حتى انك قد أديتني سنداً بذلك معنوناً ومرسوماً ومحتوياً على خطك وختمك ومتضمناً إقرارك بذلك وأنكر المدعى عليه ذلك بالكلية بقوله لم أتعامل معك مطلقاً ولم أقر على الوجه المذكور ولم أحرر على نفسي سنداً بذلك فأثبت المدعي دعواه فادعى المدعى عليه بعد ذلك إن الإقرار والسند كان مواضعة لا تسمع دعواه.

٦ - لو ادعى أحد على آخر بدين من جهة معلومة فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً قد أديت لك ذلك في سوق الحميدية مثلاً ولم يثبت دفعه هذا ثم رجع وادعى قائلاً: قد أديت لك ذلك المبلغ في الميدان فلا يقبل دفعه هذا ما لم يوفق كلامه بقوله: قد أديت المبلغ مرة ثانية في الميدان حيث قد أنكر استلام المبلغ في الحميدية. أنظر المادة (١٦٥٦) (الأنقروي).

٧ - إذا أقر الكفيل بأنه مدين بكذا درهماً من جهة الكفالة ثم ادعى بعد إقراره المذكور بأن الأصيل قد أوفى الدين أو أن الدائن قد أبرأني قبل الإقرار فلا يقبل.

كذلك إذا ادعى أحد على آخر بألف درهم من جهة القرض فأقر المدعى عليه بأنه مدين بالمبلغ المذكور ثم قال في مجلس الإقرار قد أديت لك ذلك المبلغ فلا يقبل منه كما أنه إذا ادعى بعد فض المجلس: بأنه قد أدعى كل المبلغ المذكور قبل الإقرار لا يقبل أيضاً. أما إذا ادعى بعد فض المجلس بأنه قد أدى المبلغ بعد الإقرار فيقبل.

٨ - لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك كذا درهماً ثمن الفرس التي بعتها لك فأجابه المدعى عليه بقوله لم اشتر منك شيئاً وبعد أن أقام المدعي البيّنة على ذلك فلا يسمع ادعاء المدعى عليه بعد ذلك بقوله قد أديت لك ذلك المبلغ أو أنك أبرأتني منه (الأنقروي التكملة).

٩ - لو ادعى أخ على الدار التي في يد أخيه قائلاً إن هذه الدار هي لوالدنا فلان وبوفاته أصبحت موروثة لنا فأجاب ذو اليد قائلاً: لم يكن لوالدنا حق في هذه الدار في أي زمن من الأزمان وعليه أثبت المدعي دعواه فلا يسمع ادعاء ذي اليد بعد ذلك بقوله قد أشتريت هذه الدار من والدي في حال صحته ولا تقبل بينته أما إذا أجاب ذو اليد على الدعوى المذكورة بقوله: إن هذه الدار ليست لوالدي فأثبت المدعي مدعاه وادعى المدعى عليه الشراء على الوجه المشروع يقبل ادعاؤه (الخانية).

١٠ - لو ادعى احد على آخر قائلاً: سلمت لك كذا ديناراً لتعطيها لفلان فلم تسلمها وبقيت في يدك فأجابه المدعى عليه بقوله لم تسلمني شيئاً مطلقاً وبعد أن أقام المدعي البيّنة على دعواه ادعى المدعى عليه بقوله نعم: إنك أديت ذلك المبلغ لاؤديه إلى الشخص المذكور وقد أديته له فلا يسمع (علي أفندي).

١١ - إذا ادعى أحد من آخر كذا درهماً فأجابه المدعى عليه بعد حصول الصلح عن المبلغ للذكور بينه وبين المدعي على كذا دراهم ادعى قائلاً: قد أديت لك المبلغ المذكور قبل الصلح لا تسمع دعواه (علي أفندي).

١٢ - إذا ادعى الكفيل أن المبلغ المكفول به شيء غير واجب كالميسر وأنكر المكفول له فلا يقبل هذا الادعاء ولا تستمع البيّنة. أما إذا أقر الدائن بهذه الجهة فيبرأ الأصيل والكفيل معاً.

سؤال ـ ما دام أنه بإقرار الدائن يبرأ الكفيل والأصيل معاً فكان يجب استماع الشهود على إقرار الدائن بذلك؟

الجواب ـ تستمع البيّنة إذا كان الدعوى صحيحة والدعوى في ذلك غير صحيحة لأن الكفالة بدين هي إقرار وتصديق بصحة الدين والكفالة. (جامع الفصولين).

المسائل غير المعدودة من **التناقض**:

١ - إذا قال المدعي إن جد المدعى عليه بكر فظهر أن جده بشر فلا تبطل دعواه لأنه من الجائز أن يكون لجده اسمان.

٢ ـ إذا ادعى المدعي كذا مبلغاً ديناً فأجابه المدعى عليه أنك أبرأتني من ذلك الدين ثم أدعى بأنني أديت لك ذلك الدين فلا يكون تناقضاً لأنه يحتمل أن يكون هذا الإبراء إبراء قبض واستيفاء ويكون الإدعاء به عين القول بأنني أديته.

٣- إذا ادعى أحد كذا مبلغاً ديناً فأجاب المدعى عليه بقوله قد أوفيتك ذلك المبلغ ثم قال قد حولتك بذلك المبلغ على فلان وقد قبل كلاكما الحوالة وأداها لك المحال عليه فلا يكون في ذلك تناقض.

٤ - إذا ادعى أحد داراً إرثاً عن والده فأجابه المدعى عليه قائلاً لم يكن لوالدك حق في هذه

الدار ثم قال: قد اشتريت تلك الدار من والدك فلا يكون تناقضاً. لأن معنى ذلك بأنه لم يبق لوالدك حق في الدار بعدما اشتريتها منه. أما إذا قال المدعى عليه بأنه لم يكن لمورثك حق في تلك الدار مطلقاً في الماضي ثم ادعى بعد ذلك بقوله إنني قد اشتريتها منه فيكون ذلك تناقضاً ما لم يقل إن والدك قد أقر بأن الدار لي (هامش البهجة).

٥ - إذا ادعى أحد على آخر كذا مبلغاً من مال الشركة فأجاب المدعى عليه قائلاً: لم يكن بيننا شركة مطلقاً (قال لم تؤد لي أي مال مطلقاً ثم ادعى بعد ذلك بقوله: قد أعدت ورددت ذلك المال لك فلا يسمع دفعه هذا لكونه تناقضاً. أما إذا قال المدعى عليه لم يكن بيننا شركة أو ليس في يدي مال شركة ثم دفع الدعوى على الوجه المشروح فيقبل لأنه لا تناقض في ذلك. (الأنقروي).

٦ - ادعى شراء فقال ذو اليد لم أبع أو قال لا بيع بيننا أو لم يجر بيننا بيع فلما برهن المدعي على الشراء برهن ذو اليد أن المدعي رد عليه المبيع تقبل بينته وينقض البيع (الأنقروي) فلينظر وجه التوفيق؟

٧ - ادعى البيع فأنكر فبرهن على البيع فادعى المدعى عليه فسخه يسمع ولا يكون تناقضاً. لأن جحود ما عدا النكاح فسخ (الأنقروي عن الزازية).

٨ - ادعى عليه أربعمائة فأنكر فبرهن المدعي ثم أقر أن عليه للمدعي عليه النكر ثلاثمائة سقط من المنكر ثلاثمائة وقيل لا وعليه الفتوى لأنه لما كان المدعى عليه جاحداً فذمته غير مشغولة في زعمه فأين تقع المقاصة (الدر المختار).

إذا حصل تناقض بين دعويين فتكون الدعوى الثانية مردودة ولكن للمدعي أن يعقب دعواه الأولى. لأن الدعوى الثانية لم تستمع بسبب ظهور كذبها. أما الدعوى الأولى فلم يظهر كذبها.

مثلاً لو ادعى أحد أنه ابن عم المتوفي ثم رجع وادعى بأنه أخ للمتوفي فلا يقبل أما إذا ادعى بعد ذلك أنه ابن عم المتوفي فتقبل.

كذلك إذا ادعى أحد ميراث المتوفي على كونه عمه ثم رجع وادعى أنه أب المتوفي فلا يقبل ادعاؤه الأبوة وله الادعاء بالعمومة بعد ذلك. كذلك لو ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: إن هذا المال لي قد اشتريته من فلان مدعياً الملك المقيد ثم ادعى بعد ذلك الملك المطلق فلا تقبل دعواه أما إذا رجع بعد ذلك إلى دعواه الأولى وادعى الملك المقيد فتقبل دعواه. كذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن هذه العين هي ملكي حيث أنك قد وهبتني إياها قبل شهر وسلمتها لي ثم ادعى بأنها ملكه حيث وهبها له قبل أربعة شهور وسلمه إياها فلا تسمع أما إذا عاد إلى دعواه بأنه وهبه إياها وسلمها له قبل شهر فتقبل.

المادة (١٦٤٨)- (لا يصح لأحد أن يدعي المال الذي أقر بكونه لغيره بقوله هذا مالي كما أنه لا يصح أن يدعيه بالوكالة أو بالوصاية عن آخر).

لا يصح لأحد أن يدعي إصالة المال الذي أقر صراحة أو ضمناً بكونه لغيره أي لشخص معين بقوله هذا مالي أو أن لي فيه كذا حصة أو أن يدعيه أحد بالوكالة عنه أو أن يدعيه ورثته بعد

وفاته كما أنه لا يصح أن يدعيه بالوكالة أو الوصاية عن آخر أي عن غير المقر له (علي أفندي). لأنه يكون في الدعوى تناقض بسبب عدم جواز أن يكون المال الواحد ملكاً لاثنين في حالة واحدة.

أما إذا مر بعد الإقرار المذكور زمن يمكن الشراء فيه ثم ادعى بأنني اشتريته من المقر له فتسمع دعواه. أنظر (١٦٥٦) فعليه إذا ادعى الشراء على هذا الوجه وأقام شهوداً وشهد الشهود بأنه اشترى بعد الإقرار تقبل شهادتهم وإلا فلا (الهندية).

الإقرار صراحة أو ضمناً؛ يكون الإقرار إما صراحة كقولك: إن هذا المال لفلان وأما ضمناً كاستشراء مال أو استئجاره أو استعارته. مثلاً إذا استعار أحد مالاً من آخر ثم ادعاه بقوله إن هذا المال مالي فلا تسمع دعواه. أنظر المادة ١٥٨٣) وشرحها حتى أنه لو قال المدعى عليه لوكيل المدعي أنت قد طلبت استعارة هذا المال مني في غير مجلس القاضي وأثبت ذلك ينعزل الوكيل عن الوكالة وتبقى دعوى الموكل مسموعة أما إذا طلب الوكيل في حضور القاضي استعارة المدعى به أو طلب مساومته فلا يكون للوكيل وللموكل حق بالإدعاء (البزازية). أنظر المادة (١٥١٧).

مالي؛ هذا التعبير احترازي حيث لو ادعاه بعد الإقرار بالوكالة عن المقر له صحت دعواه. كذلك لو ادعاه المقر بعد الإقرار لغير المقر له قائلاً في دعواه. إن موكلي قد اشترى هذا المال بعد اقراري من المقر له فتسمع دعواه.

إن هذه المادة تشتمل على فقرتين:

الفقرة الأولى ـ ليس لأحد أن يدعي المال الذي أقر بكونه لغيره. ما لم يرد المقر له الإقرار سواء كان ذلك الغير المدعى عليه أو كان شخصاً آخر.

مثال على كونه مدعى عليه: لو ادعى أحد الدار التي في يد آخر قائلاً: إن هذه الدار كانت لوالدي فبوفاته أصبحت موروثة لي فأجابه المدعى عليه بأن والدك قد أقر في حال حياته بأن هذه الدار ملكي فيكون دفعاً.

مثال على كونه غير مدعى عليه: لو ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: إنه مالي وأقام البينة فدفع المدعى عليه دعواه بقوله: إنك قد أقررت أن هذا المال هو لفلان وأثبت ذلك فتندفع خصومة المدعي (الهندية والخانية).

كذلك لو ادعى أحد قائلاً: إن هذه الدار لزيد وقد وكلني زيد في إقامة الدعوى والخصومة فيها ثم ادعى بأن تلك الدار لعمرو وأن عمرا قد وكله بالدعوى والخصومة فلا تقبل دعواه ولا تستمع بينته (الخانية).

كذلك لو سلم أحد مالاً للدلال ليبيعه فنادى قائلاً: إن هذا المال هو لفلان فاشتروه ثم رجع الدلال وادعى أن المال ماله فلا تسمع دعواه. أما إذا قبل الدلالة على ذلك المال فقط قبل أن ينادي بأنه لفلان فلا يمنعه من ادعاء ذلك المال لنفسه بعد ذلك (الانقروي).

مستثنى - يستثنى من هذه الفقرة الحكمية المسألة الآتية:

لو ادعى أحد أنه باع الدار التي في يد آخر لواضع اليد عليها وأنكر واضع اليد الشراء وادعى أنها داره ثم ادعى المقر تلك الدار لنفسه وأقام البينة على ذلك تقبل دعواه. أما لو أقر المقر بأن تلك الدار هي لواضع اليد وسكت ثم قال إنني بعتها لواضع اليد وأنكر واضع اليد الشراء وادعى المقر بأن تلك الدار هي ملكه فلا تسمع دعواه ولا تقبل بينته (الخانية والهندية).

الفقرة الثانية - ليس لأحد أن يدعي المال الذي أقر بكونه لغيره بالوكالة أو بالوصاية عن آخر، والمقصود من آخر هو غير المقر له، حيث أن له أن يدعي ذلك المال بالوكالة أو الولاية أو الوصاية للمقر له.

وإن يكن أن المقر لا يحق له الإدعاء بذلك المال عن الآخر إلا أنه إذا وكل أحد من ذلك الآخر وادعى ذلك المال بالوكالة أو الولاية أو الوصاية فتصح الدعوى.

قيل الذي أقر بكونه لغيره، أما إذا لم يقر بكونه لغيره بل أقر بأنه ليس ملكه فقط فتجري في ذلك التفصيلات الآتية وهي:

إذا قال أحد أثناء دعوى ونزاع: إن هذا المال لي فقال الآخر سواء كان ذا اليد أو كان خارجاً أنه ليس لي فهذا القول على رواية الجامع إقرار بأن المال المذكور هو للمدعي وليس للقائل المذكور أن يدعي بعد ذلك المال لنفسه (الخانية) وعلى رواية الأصل ليس إقراراً بالملك له لكن القاضي يسأل ذا اليد أهو ملك المدعي؟ فإن أقر به أمر بالتسليم إليه وأن أنكر يأمر المدعي باقامة البينة عليه وهو الراجح (رسالة الشرنبلالي).

كذلك لو قال الشخص الغير الواضع اليد على المال أن هذا المال ليس لي أو ليس ملكي أو لا حق لي فيه أو ليس لي فيه حق أو ما كان لي أو نحو ذلك فلا يقبل ادعاؤه بعد ذلك بأن المال المذكور له ولو كان هذا الكلام في غير وقت الدعوى والنزاع.

أما لو قال ذو اليد بدون وجود منازع له: إن هذا المال ليس لي ثم ادعى بعد ذلك قائلاً: إنه لي وأقام البينة فالدعوى مسموعة ومقبولة باتفاق الروايات. لأن من قال هذا القول لم يقر بذلك المال لأحد معروف ولم يثبت لأحد حقاً والإقرار بالمجهول باطل. التناقض يمنع صحة الدعوى في حالة إبطال أحد الحق الذي عليه للآخر (رسالة الشرنبلالي) مثلاً لو أضاع أحد دابته عدة شهور ولما ضبطها قال إن هذه الدابة ليست لي ثم غصبها شخص من يده فتسمع دعواه على الغاصب بقوله: إن هذه الدابة لي ولا يقبل دفع الغاصب بقوله: إن في دعواك تناقضاً حيث اقررت بأن الدابة ليست لك.

ادعاء الطرفين وقوع الإقرار لهما. إذا ادعى الطرفان على بعضهما أن كلا منهما قد أقر للآخر بأن المال المدعى به له وأثبت كل منهما دعواه يعني لو ادعى زيد على عمرو قائلاً: إن هذا المال لي وانك أقررت بأنه لي وادعى عمرو على زيد قائلاً: إن هذا المال لي وقد أقررت أنه لي وأثبت كل

منهما مدعاه فلا يعمل بإثبات أحدهما ويترك المدعى به في يد ذي اليد كما هو مبين في شرح المادة (الـ ١٦٤٧).

المادة (١٦٤٩)- (إذا أبرأ أحد آخر من جميع الدعاوى فلا يصح له أن يدعى عليه بعد ذلك مالاً لنفسه ولكن يصح له أن يدعي عليه لغيره بالوكالة أو بالوصاية).

إذا ابرأ أحد آخر معيناً من جميع الدعاوى بقوله مثلاً: ليس لي حق عندك مطلقاً فلا يصح له أو لوارثه أن يدعي عليه بعد ذلك مالاً لنفسه عيناً أو ديناً إصالة أو كفالة بتاريخ مقدم عن الإبراء. أنظر المادة (١٥٦٥) (البهجة).

دعوى العين: إذا ابرأ أحد آخر من جميع الدعاوى ثم ادعى بعد ذلك لنفسه قائلاً: بأن الدار أو الفرس اللتين في يد المدعى عليه هما ملكي وأن المدعى عليه قد غصبهما مني فلا تصح دعواه ولا تقبل بينته ما لم يثبت غصب ذلك منه بعد الإبراء (الهندية).

كذلك لو قال أحد: ليس لي عند فلان دار أو حق مطلقاً ولم ينسب بيانه هذا إلى مدينة أو قرية ثم ادعى بأن له كذا حقاً عنده في المدينة الفلانية أو القرية الفلانية فلا تسمع دعواه (الهندية).

ولكن له أن يدعي حقاً بتاريخ مؤخر عن الإبراء. مثلاً لو ادعى قائلاً: قد سلمتك كذا مالاً بعد الإبراء فأطلب منك أن تسلمني إياه فتقبل دعواه. أنظر المادة (١٥٦١)..

وقد ورد في الهندية قال: هذا لفلان لاحق لي فيه أو قال كان لفلان لاحق لي فيه ثم أقام البينة بعد حين على الشراء منه لا تقبل وإذا وقت الشهود بعده قبلت.

الاختلاف في كون ثبوت الحق مقدماً أو مؤخراً عن الإبراء..

وفي هذه الحال إذا ادعى المدعي بأن تاريخ المدعى به مؤخر عن تاريخ الإبراء وادعى المدعى عليه بأنه مقدم عن تاريخ الإبراء وأن دعوى المدعي غير صحيحة لذلك فإذا أثبت المدعي بأن تاريخ المدعى به مؤخر عن الابراء فيها وإذ لم يثبت فالقول مع اليمين للمدعى عليه. أنظر المادتين (٨و٧٧) (التنقيح).

الحكم فيما إذا تعارض الموجب والمسقط: إذا تعارض الموجب والمسقط يعتبر المسقط الأخير. لأن السقوط يكون بعد الوجوب سواء اتصل القضاء بالأول أو لم يتصل. مثلاً إذ ادعى المدعي من المدعى عليه مالاً أو عيناً فأجابه المدعى عليه قائلاً (أنت قد اقررت حال جواز اقرارك بأنه ليس لك دعوى أو خصومة عندي) وأثبت إقراره هذا بالبينة فيقبل دفعه وتندفع الدعوى. وإن يكن أن المحتمل أن يكون المدعي يدعي دعواه بسبب حاصل بعد الإقرار المذكور إلا أنه يعتبر المسقط الأخير (تكملة رد المحتار).

دعوى الدين، لو اقر زيد بقوله: ليس لي في ذمة عمرو حق مطلقاً، ثم ادعى بعد الإقرار بأن له ديناً في ذمة بشر وأن عمر المذكور قد كفل بشراً من جهة القرض قبل الإقرار المذكور فلا تسمع دعوى زيد على عمرو (علي أفندي).

كذلك لو ابرأ أحد آخر بقوله: ليس لي في ذمتك حق مطلقاً ثم ادعى بعد ذلك بأن لأبيه في ذمته عشرة دنانير وأنها أصبحت ميراثاً له وأنه حينما ابرأه كان يجهل وفاة ابيه فلا تسمع دعواه أي أن الإبراء صحيح ولو كان يجهل وفاة مورثه (النتيجة وعلي أفندي).

كذلك لو أقر المريض في مرض موته بأن ليس له في ذمة عمرو الأجنبي حق مطلقاً ثم توفي فادعى ورثته على عمرو بأن لمورثهم دين في ذمته كذا مبلغاً قبل الإقرار المذكور فلا تسمع دعواهم (علي أفندي).

قيل (أحد معينا) فعليه إذا كان الشخص المبرأ غير معين كاهالي مدينة أو قرية غير محصورين فلا يصح الإبراء ولذلك فله بعد الإبراء أن يدعي على زيد من أهل تلك القرية بحق (الهندية) أنظر المادة (١٥٦٧).

من جميع الدعاوي. أما إذا ابرأه من بعض الدعاوى فليس له أن يطلب بما ابرأه. أنظر المادة (١٥٦٣) ولكن يطلبه بما لم يبرئه مثلاً لو قال أحد إن لي في ذمة فلان كذا درهماً وليس لي في ذمته حق غيره مطلقاً فإذا ادعى بعد ذلك بأن له في ذمة المذكور قبل الإقرار المذكور كذا مبلغاً عدا عن المبلغ المذكور فلا تسمع دعواه (علي أفندي).

كذلك إذا ادعى أحد من آخر داراً أو عشرة دنانير ثم تصالحا بعد الدعوى وقال المدعي: ليس بيني وبين المدعى عليه دعوى ثم أقام المدعي دعوى على المدعى عليه من جهة ثمن المبيع فتسمع دعواه ويصرف قوله على معنى بأنه ليس لي دعوى على المدعي حين الصلح بأن ليس له دعوى في الدار أو في العشرة دنانير ما لم يعمم ابراءه بقوله: ليس لي أي دعوى أو أي خصومة مطلقاً (علي أفندي)، يعني لا يقبل ادعاؤه بعد قوله ليس لي أي دعوى أو أي خصومة مطلقاً، شيئاً من جهة ثمن المبيع (التنقيح).

كذلك لو أشار أحد إلى الدار التي في يد آخر وقال: ليس لي في هذه لدار شيء ثم ادعى بعد ذلك شيئاً من امتعة الدار وقال إنها كانت موجودة في الدار وقت الإقرار فلا تسمع دعواه أما إذا قال: إنها لم تكن في الدار وقت الإقرار فتسمع دعواه (الهندية).

كذلك إذا باع أحد مالاً له لآخر وأبرأه المشتري من دعوى التغرير والغبن الفاحش فلا تسمع بعد ذلك دعوى التغرير والغبن الفاحش (البهجة).

كذلك إذا ابرأ المشتري بائعه من دعوى رد المبيع بسبب فساد البيع فلا تسمع دعواه بعد ذلك برد المبيع بناء على فساد البيع (البهجة).

كذلك إذا ادعى أحد نصف دار وقال. ليس لي حق فيها غير نصفها ثم رجع وادعى جميعها فلا تقبل دعواه. أما إذا لم يقل ذلك فادعاؤه أولاً نصفها لا يمنعه من ادعاء نصفها الآخر. فعليه إذا ادعى أحد كل الدار ثم ادعى نصفها تقبل دعواه كما أنه لو ادعى نصفها ثم ادعاها كلها فتسمع دعواه أيضاً (الهندية).

كذلك إذا اقتسم الورثة التركة الظاهرة وأبرأ أحد الورثة الوارث الآخر من الدعوى المتعلقة بالتركة ثم ادعى الوارث المبرئ على الوارث الآخر بأنه أخفى كذا مقداراً من المال الفلاني فلا تسمع دعواه (البهجة).

ولكن يصح له أن يدعي عليه لغيره بالوكالة أو الوصاية. لأن إبراء المبرئ إنما يصح في حقه فقط وليس له صلاحية بالإبراء من حق غيره.

منع استماع دعوى العين بعد الإبراء هو في حالة عدم الإقرار:

عدم استماع دعوى العين بعد الإبراء العام هو في صورة عدم إقرار المدعى عليه أما إذا أقر المدعى عليه بأن العين المدعى بها ملك المدعي فيسلم المدعى به للمدعي. لأنه من الممكن تجدد الملك في تلك العين بعد الإبراء فلذلك يصح الإقرار على طريق الاقتضاء تصحيحاً لكلام المقر ويؤاخذ المقر بإقراره (رسالة الشرنبلالي وعلي أفندي).

مثلاً إذا ادعى أحد داراً من آخر فأجاب المدعى عليه: نعم ان تلك الدار هي ملك للمدعي إلا أنه حيث أبرأني إبراء عاماً فليس له أن يدعي الدار المذكورة مني وأن يأخذها فلا يلتفت إلى قوله هذا وتسلم الدار للمدعي حسب إقراره انظر المادة (١٦٥٣).

إذا ادعى أحد من آخر عيناً فأجابه المدعى عليه أنك أبرأتني من عامة الدعاوى فأجابه المدعي: نعم إنني أبرأتك من كافة الدعاوى ولكنك قد أقررت بعد إبرائي بأن العين المذكورة هي ملكي وأثبت مدعاه يقبل.

كون الإقرار الواقع ضمن عقد فاسد بلا حكم. لا يمنع الإبراء الواقع ضمن عقد فاسد من صحة الدعوى. انظر المادة (١٥٦٦).

لا تسمع دعوى الدين بعد الإبراء ولو أقر بالدين بعد الإبراء فعليه لو أبرئ من دين وقبل الإبراء ثم أقر المدين بالدين المبرأ فليس للدائن أن يطلبه من المدين. لأن الدين وصف يسقط بالإبراء والساقط لا يعود. انظر المادة (٥١).

مثلاً إذا أبرأ أحد آخر من مطلوبه العشرة دنانير وقبل المبرأ الإبراء ثم ادعى المبرئ ذلك المبلغ فأقر المدعى عليه بأن الدين في ذمته قبل الإبراء فلا يحكم عليه بالدين (علي أفندي والشرنبلالي).

المادة (١٦٥٠) - (إذا ادعى أحد مالاً لآخر فلا يصح له بعد ذلك أن

يدعيه لنفسه انظر المادة (١٦٤٨). ولكن يصح له أن يدعيه لآخر بعدما ادعاه لنفسه. لأن الوكيل بالدعوى قد يضيف الملك إلى نفسه لكن عند الخصومة لا يضيف أحد ملكه لغيره).

إذا ادعى أحد مالاً لآخر بالولاية أو بالوصاية أو بالتولية فلا يصح له بعد ذلك أن يدعيه لنفسه انظر المادة (١٦٤٨). لأن الإدعاء به لآخر إقرار بأن المدعى به هو ملك للآخر وفي هذه الصورة تكون هذه المسألة راجعة إلى المادة (١٦٤٨) أم لو وفق كلامه وأثبته فتقبل دعواه كأن يقول مثلاً أن المال المذكور كان لفلان وبعد ادعائي اشتريته منه (البزازية وتكملة رد المحتار).

الدعوى بالوكالة - لو ادعى أحد الفرس التي في يد آخر قائلاً في دعواه أنها ملكه فأجابه المدعى عليه قائلاً: أنك وهبت تلك الفرس لزوجتي هند وسلمتها إياها وهي ملك زوجتي الموهوب لها وادعى ذلك بالوكالة عن زوجته ثم رجع وادعى قائلاً: انك بعتني تلك الفرس وسلمتني إياها فلا تسمع دعواه (البهجة).

الدعوى بالتولية - إذا ادعى أحد بأن هذا المال وقف وبعد أن أقر بالوقفية رجع وادعى ذلك المال لنفسه فلا تسمع دعواه. (النتيجة والخانية).

لنفسه - قول لنفسه ليس احترازياً لأنه لو قال أحد عن مال: إنه لزيد وادعاه لزيد بالوكالة ثم رجع بعد ذلك وقال: إنه ليس لزيد بل هو لعمرو وادعاه بالوكالة عن عمرو فلا تصح دعواه (الأنقروي).

أما لو وفق كلامه بقوله: إن هذ المال كان لزيد وإن زيداً كان وكلني ثم أنه باع هذا المال لعمرو وهو الآن ملك لعمرو وقد وكلني عمرو بالإدعاء فتصح دعواه (والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد مدة وبرهن على ذلك) (الهندية).

ولكن يصح له أن يدعيه لآخر بعد ما ادعاه أولاً لنفسه. لأن الوكيل بالدعوى قد يضيف الملك لنفسه، مثلاً لو ادعى أحد بأن الدار التي في يد آخر هي ملكه ثم ادعى بعد ذلك بأنها لفلان وأنه وقفها عليه فتسمع الدعوى (الخانية وتكملة رد المحتار والأنقروي).

كذلك إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: ان لي في ذمتك كذا درهماً ثمن مبيع ثم رجع وقال: أن المبلغ المذكور هو حق لشخص آخر وادعاه عن ذلك الآخر وأثبته فله أخذ ذلك المبلغ من ذلك الشخص.

ولكن لا يضيف أحد عند الخصومة ملكه لغيره حتى أنه لو أضافه يكون إقراراً.

المادة (١٦٥١) - (كما أن الحق الواحد لا يستوفى من كل واحد من الشخصين على حدة كذلك لا يدعي الحق الواحد من جهة واحدة على رجلين).

وتتفرع عن ذلك مسائل وهي:

١ - إذا أخذ الدائن مطلوبه من الأصيل يبرأ الكفيل وإذا أخذه من الكفيل يبرأ الأصيل.

٢ - إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: إنني أقرضتك كذا درهماً فأدِها لي وأنكر المدعى عليه وعجز المدعي عن إثبات دعواه فليس للمدعي الرجوع بعد ذلك وأن يدعي بأن دعواه أنه أقرض ذلك الشخص هو غلط منه وأنه أقرض ذلك المبلغ لشخص آخر هو فلان فلا تسمع دعواه على ذلك الشخص الآخر (النتيجة).

٣ - إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: قد أديتك كذا درهماً لتسلمها لدائني فلان فلم تسلمها وقد بقيت في يدك فأرجعها لي وأنكر المدعى عليه وبعد أن حلف اليمين رجع المدعي قائلاً: ان ادعائي على ذلك الشخص كان بوجه الغلط وإنني لم أدفع ذلك المبلغ للمذكور بل دفعته لهذا الشخص الآخر فلا تسمع دعواه (تكملة رد المحتار).

٤ - إذا ادعى أحد على زيد قائلاً: ان الفرس التي اشتريتها منك بكذا دراهم قد استحقها بكر وضبطها بالإستحقاق والإثبات والحلف فاد لي الثمن الذي سلمته لك ثم رجع بعد دعواه قائلاً: إنني غلطت في دعواي وأدعى بذلك على عمرو فلا تصح دعواه ما لم يوفق كلامه بقوله: إن زيداً قد باعني تلك الفرس إلا أنه أنكر البيع وباعها لعمرو ثم اشتريتها من عمرو ففي تلك الحالة تقبل دعواه (الأنقروي)

٥ - إذا كان حانوت مشتركاً بين اثنين. فادعى مستأجر ذلك الحانوت على أحد المالكين بقوله قد صرفت بأمرك على عمارة الحانوت الذي تحت إجاري كذا درهماً من مالي فأد لي ما صرفت وأنكر المدعى عليه ولم يثبت المدعي مدعاه فإذا رجع المدعي بعد ذلك وادعى بأنه صرف ما صرفه بأمر المالك الآخر فلا تسمع دعواه (النتيجة).

المادة (١٦٥٢) - (يتحقق التناقض في كلام الشخصين اللذين هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والموروث كما يوجد في دعوى المتكلم الواحد فلذلك إذا أقام الوكيل دعوى منافية للدعوى التي سبقت من الموكل في خصوص ما لا تصح).

وكذلك الوارث، مثلاً إذا اقتسم زيد وعمرو وارثا المتوفي التركة بينهما وبينا بعد التقسيم أنهما قد استوفيا حقهما تماماً من التركة وأبرأ بعضهما البعض إبراء عاماً ثم توفي بعد الإبراء أحدهما (زيد) فادعى وارث زيد على عمرو بمال بأنه موروث عن المتوفي الأول فلا تصح دعواه (تكملة رد المحتار). انظر شرح المادة (١٦٤٨).

المادة (١٩٥٣) - (يرتفع التناقض بتصديق الخصم، مثلاً لو ادعى أحد

على آخر كذا درهماً من جهة القرض ثم ادعى بعد ذلك أن المبلغ المذكور من جهة الكفالة فصدقه المدعى عليه يرتفع التناقض).

يرتفع التناقض بخمسة أشياء:

أولاً - بتصديق الخصم. مثلاً لو ادعى أحد على أحد آخر كذا درهماً من جهة القرض ولم يستطع الإثبات فادعى بعد ذلك أن المبلغ المذكور من جهة الكفالة فإذا لم يصدقه المدعى عليه فلا تصح دعواه للتناقض أما إذا صدقه المدعى عليه فيرتفع التناقض.

كذلك لو باع أحد لآخر مالاً له بألف درهم وأقر بقبض ثمن المبيع كاملاً وبعد أن ربط إقراره هذا بحجة على البائع قال قد بقي لي في ذمته كذا درهماً فلا يقبل ادعاؤه للتناقض. أما إذا ادعى البائع بأن المشتري قد أقر ببقاء كذا درهماً في ذمته وأثبت ذلك فيقبل ادعاؤه هذا بسبب تصديق الخصم انظر المادة (٧٥) (الأنقروي).

ثانياً - ترتفع بعض التناقضات بترك الدعوى الأولى وحصر المطلب بالدعوى الثانية. مثلاً إذا ادعى أولاً الملك المطلق ثم ادعى بعد ذلك الملك المقيد فلا يقبل. لأن الملك المطلق أزيد من الملك المقيد وهذا مانع لصحة الدعوى أما إذا ترك دعوى الملك المطلق وادعى الملك المقيد فتقبل. أما بعض التناقض فلا يرتفع بذلك. مثلاً لو ادعى المدعي قائلاً: ان هذا المال لزيد ثم ترك دعواه هذه وادعى أن ذلك لبكر فلا تسمع دعواه (تكملة رد المحتار والبحر).

ثالثاً - يرتفع التناقض بتكذيب القاضي على الوجه المذكور في المادة الآتية:

المادة (١٦٥٤) - (يرتفع التناقض أيضاً بتكذيب القاضي، مثلاً لو ادعى المال الذي هو في يد غيره قائلاً: إنه مالي وأنكر ذلك المدعى عليه بقوله: إن هذا المال كان لفلان وأنا اشتريته منه فأقام المدعي البينة وحكم له بذلك يرجع المحكوم عليه بثمن ذلك المال على بائعه لأن التناقض الذي وقع بين إقراره يكون المال للبائع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم القاضي لإقراره)

يرتفع التناقض بتكذيب القاضي أيضاً.

مستثنى، ولكن في المسألة الآتية لا يرتفع التناقض بتكذيب القاضي وهي: لو ادعى أحد على آخر قائلاً: وقد بعتني مالك الفلاني فأجابه المدعى عليه بقوله: لم أبعك ذلك المال مطلقاً فأقام المدعي البينة وأثبت مدعاه ثم أقام المدعي بعد ذلك الدعوى بطلب رد المبيع بالعيب القديم فادعى البائع بأن المشتري قد أبرأه من جميع العيوب وأقام البينة فلا تقبل. لأن في ذلك تناقضاً (تكملة رد المحتار).

وفي الهندية تفصيل أسباب ذلك.

بعض مسائل متفرعة عن هذه المادة:

١ ـ من الاستحقاق. إذا ادعى أحد المال الذي هو في يد غيره بقوله أنه مالي وأنكر ذلك المدعى عليه بقوله أن هذا المال كان لفلان وأنا اشتريته منه منكراً ملك المدعي وأقام المدعي البينة على دعواه وحكم بذلك بعد الحلف وضبط المبيع بالإستحقاق على هذا الوجه يرجع المحكوم عليه بثمن ذلك المال على بائعه لأن التناقض الذي وقع بين إقراره بكون المال للبائع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب القاضي لإقراره.

كذلك اذا اشترى احد مالاً من آخر وادعاه احد وبعد الاثبات والحلف والحكم ضبطه منه واراد الرجوع بثمن المبيع على البائع فأنكر البائع بيعه ذلك المال للمشتري فأثبت المشتري ذلك أو ادعى البائع أن ذلك المال هو نتاج عندي ولم يثبت وبعد الرجوع عليه بثمن المبيع فللبائع المذكور ان يرجع ايضاً على بائعه الثاني ولو كان بين انكاره البيع للمشترى وبين الرجوع على بائعه تناقض حيث قد كذب هذا التناقض بحكم القاضي.

٢ ـ من البيع، لو ادعى أحد على آخر قائلاً: قد اشتريت فرسي بعشرة دنانير فأدّ لي الثمن وخذ الفرس وأنكر المدعى عليه وقوع البيع فأثبت المدعي البيع بالشهود فإذا ادعى المدعى عليه بأن في الفرس عيباً قديماً وأثبت مدعاه فيرد المبيع الفرس بالعيب القديم ولو أنه يوجد تناقض بين إنكاره البيع وبين رد المبيع بخيار العيب. لأن هذا التناقض قد ارتفع بتكذيب القاضي.

٣ – من الكفالة، لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمة فلان كذا ديناراً من جهة القرض وإنك قد كفلت المذكور بأمره فأنكر المدعى عليه ذلك فأثبت المدعي دعواه فللمدعى عليه الكفيل الرجوع على الأصيل المذكور ولو أنه وجد تناقض بين أنكاره الكفالة وبين رجوعه على الأصيل. ومع ذلك إذا قال الكفيل بعد حكم القاضي وبعد أخذ المدعي المبلغ المحكوم به: إن الأصيل لم يأمره بالكفالة وأنه لم يكفله مطلقاً وأن شهود المدعي قد شهدوا بذلك كذباً فليس له بعد قوله هذا الرجوع على الأصيل (علي أفندي والخانية بزيادة).

٤ – من الوكالة، لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك كذا درهماً من بدل الإجار وادعى المدعى عليه بقوله إنني سلمت الدين الذي في ذمتي بأمرك إلى فلان فأنكر المدعي فأثبت المدعى عليه تسليمه المبلغ للشخص المذكور على هذا الوجه فللمدعي طلب المبلغ المذكور من الشخص المذكور مع كونه يوجد تناقض بين إنكاره استلام ذلك الشخص وبين دعواه ومطالبته ذلك الشخص. لأن هذا التناقض قد ارتفع بحكم القاضي (التنقيح).

كذلك إذا أمر أحد آخر بقوله: أد لفلان كذا درهماً الذي هو بذمتي له وأخبره المأمور بأنه قد أدعى ذلك المبلغ وصدقه الآمر وأدى المبلغ المذكور للمأمور ثم ادعى الدائن بالمبلغ المذكور على الآمر وادعي الآمر بأن فلاناً قد ادى المبلغ له بأمره فأنكر الدائن وحلف اليمين وأخذ المبلغ من الآمر فللأمر أن يسترد من المأمور المبلغ المذكور (الحموي).

٥ – من الوصاية، لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لمورثي المتوفى فلان كذا درهماً في ذمتك فادعى المدعى عليه بأنه قد أدى ذلك المبلغ لوصي المدعي فلان وأنكر المدعي والوصي وصول المبلغ فأقام المدعى عليه البيّنة ودفع دعوى المدعي فللمدعي أن يطالب الوصي بالمبلغ المذكور (الحموي).

رابعاً ـ إذا ظهرت معذرة المدعي بأن كان في محل خفاء فيعفى التناقض كما هو مذكور في المادة الآتية

(المادة ١٦٥٥) ـ (يعفى التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي بأن كل محل خفاء مثلاً إذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجار الدار بأنها ملكه وأن أباه كان قد اشتراها له في صغره وأنه لم يكن له خبر بذلك عند الاستئجار وأبرز سنداً على هذا الوجه تسمع دعواه كذلك لو استأجر أحد داراً ثم حصل له علم بأن تلك الدار هي منتقلة إليه إرثاً عن أبيه وادعى بذلك تسمع دعواه).

يعفى التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي بأن كان محل خفاء (التنقيح).

ومحل الخفاء، هو خصوصات النسب والطلاق والوصاية والولاية والتولية والإبراء والاشتراء مستوراً ووجود المال المغصوب والإرث والوقف.

النسب ـ إن عفو التناقض في النسب هو مخصوص بالأصول والفروع. أنظر شرح المادة (١٦٤٧).

فعليه لو قال أحد: إن هذا الولد ليس ولدي ثم قال بعد ذلك إنه ولدي يصح لأن النسب لا ينتفي بمجرد النفي. مثلاً لو قال: أنا لست وارث فلان ثم ادعى إرثه وبين الجهة صح إذ التناقض في النسب لا يمنع صحة دعواه وكذلك لو قال: ليس هذا الولد مني ثم قال هو مني يصح وبالعكس لكون النسب لا ينتفي بنفيه وهذا إذا صدقه الابن وإلّا فلا يثبت النسب. لأنه إقرار على الغير بأنه جزئي. لكن إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه تثبت البنوة لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم التصديق (جامع الفصولين).

الطلاق ـ لو ادعت المرأة بعد المخالعة مع زوجها بان زوجها طلقها ثلاثاً فتقبل بينتها. كذلك لو ادعى ورثة المتوفى بعد إعطائهم زوجته حصتها الإرثية بان مورثهم قد طلقها قبل الوفاة وفي حال صحته بائناً واثبتوا ذلك فيستردون من الزوجة الحصة التي أخذتها من التركة (النتيجة لقيام العذر لهم في ذلك حيث استصبحوا الحال في الزوجة وخفيت عليهم البينونة (الطحطاوي).

الوصاية ـ لو ادعى الوصي بعد بيعه مالاً من التركة حسب وصايته أنه باعه بغبن فاحش تسمع دعواه ولا يمنع اقتداره مباشرة البيع من الادعاء بذلك. كذلك لو ادعى الورثة بعد اقتسامهم التركة مع الموصى له رجوع الموصي عن وصيته وأثبتوا ذلك تقبل. لأن الموصي منفرد في رجوعه عن الوصية (التكملة).

الولاية والتولية ـ والحكم فيهما كالوصاية فلذلك تسمع دعوى الولي والمتولي في الغبن الفاحش بعد البيع والإجارة.

الإبراء ـ إذا ادعى المدين بعد إيفائه الدين بأن الدائن قد أبرأه من الدين وأنه كان يجهل ذلك حين أداء الدين وأثبت ذلك تسمع دعواه ويسترد المبلغ الذي دفعه للدائن، لأنه يحتمل ألاّ يعلم المدين بأبراء الدائن له وقت الإبراء وأن يعلم ذلك بعد الإبراء. كذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: بأن لمورثي فلان في ذمة مورثك فلان كذا درهماً وبعد أن أقر المدعى عليه بذلك رجع ودفع دعوى المدعي قائلاً: بأن مورثك قد أبرأ في حال حياته وصحته مورثي من المبلغ المذكور وإنني أخذت الآن علماً بذلك وأثبت الإبراء على هذا الوجه فيقبل دفعه.

الاشتراء مستوراً ـ لو اشترى أحد قميصاً مستوراً بغلاف ثم ادعى بعد فتحه الغلاف ورؤيته القميص أن القميص المذكور قميصه فتسمع دعواه لأن اشتراءه مستوراً لا يمنع دعواه الملكية فيه (الأنقروي).

وجود المال المغصوب ـ إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: قد استهلكت مالي الفلاني فأضمن لي قيمته ثم رجع وادعى بأن المال المذكور موجود في يد المدعى عليه وطلب إحضاره للمجلس وتسليمه له فتسمع دعواه كما أنه لو كان الأمر بالعكس وادعى أولاً بأن المال موجود في يد المدعى عليه وطلب تسليمه إياه ثم رجع بعد ذلك وادعى أن المدعى عليه استهلكه وطلب تضمين قيمته فتقبل دعواه لأن ذلك هو محل خفاء فالتناقض معفو فيه (الأنقروي).

مثلاً إذ ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجار الدار بأنها ملكه وأن أباه كان قد اشتراها له في صغره ولم يكن له خبر بذلك وأبرز سنداً يتضمن شراء والده تلك الدار له في حال صغره أو أثبت مدعاه بوجه كإقامة البيّنة فتسمع دعواه لأن للأب أن يشتري للصغير ومن الجائز ألاّ يعلم بذلك الصغير مع كون الاستئجار منافياً لدعوى الملكية حسب المادة (١٥٨٣) (الدرر). وقد ورد في التنقيح مات زيد عن ورثة بالغين وترك حصة من دار وصدق الورثة أن بقية الدار لفلان ثم ظهر وتبيّن أن مورثهم اشترى بقية الدار من ورثة فلان في حال صغر المصدقين وأنه خفى ذلك فلا يكون هذا التناقض مانعاً من دعواهم لأن التناقض في ما طريقه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى.

كذلك لو استأجر أحد داراً ثم حصل له علم بأن تلك الدار هي منتقلة إليه إرثاً عن أبيه وأنها مملوكة له وادعى بذلك تسمع دعواه (الخيرية عن البحر).

كذلك لو ادعى أحد على ورثة المتوفي قائلاً: إن المتوفى قد أوصى في حال حياته بكذا درهم من ثلث ماله للجهة الفلانية وقد نصبني وصياً لتنفيذ ذلك وتوفي وهو مصر على وصيته هذه وأنكر الورثة الوصية فأقام المدعي البيّنة على ذلك فادعى الورثة بأن مورثهم قد رجع عن وصيته تسمع دعواهم (علي أفندي). لأن الموصي يجوز أن يوصي بدون علم ورثته كما أنه يجوز أن يرجع عن وصيته بدون علمهم (الدرر).

كذلك إذا أقر الصغير الوارث حصراً لمتوفٍ عند بلوغه بأنه أخذ التركة تماماً من يد وصيه

فلان ثم ادعى بعد ذلك بأن بعض الأشياء الموجودة في يد الوصي هي من تركة مورثه وأقام البيّنة على ذلك فتسمع دعواه (علي أفندي).

كذلك إذا توفي أحد وترك ورثة بالغين وأقر الورثة بأن نصف الدار لهم وأن النصف الآخر هو لفلان ثم رجعوا بعد ذلك وادعوا أن مورثهم قد اشترى نصف الدار المذكورة من ذلك الشخص وأنهم كانوا لا يعلمون ذلك حين الإقرار فتسمع دعواهم (الإنقروي).

وفي التكملة عن نور العين-قاسم كرماً ثم اطلع على أن الجميع لوالده غرسه بيده ثم مات وتركه له ميراثاً ولم يعلم بذلك وقت القسمة تسمع دعواه.

خامساً - يرتفع التناقض بالتوفيق. أنظر المادة (١٦٥٧).

المادة (١٦٥٦) - (الابتدار إلى تقسيم التركة إقرار بكون المقسوم مشتركاً وعليه فالادعاء بعد التقسيم بقول إن المقسوم لي تناقض. مثلاً لو ادعى أحد الورثة بعد تقسيم التركة بقوله إنني كنت اشتريت أحد هذه الأعيان المقسومة من المتوفى وأن المتوفي وهبها وسلمها لي في حال صحته لا تسمع دعواه ولكن لو قال: إن المتوفى كان قد وهبه لي حال صغري ولم أكن أعلم بذلك حين القسمة يكون معذوراً وتسمع دعواه).

الابتدار إلى تقسيم التركة أي المباشرة بتقسيمها بالرضاء إقرار بكون المقسوم مشتركاً أي كون المقسوم من تركة المورث حيث إن حق الورثة يتعلق صورة ومعنى بعين التركة فبالتقسيم ينقطع حتى المقاسم من التركة صورة ومعنى (علي أفندي).

أما إذا كانت القسمة جبراً عن المدعي فتسمع دعواه ولا يكون ذلك تناقضاً (رد المحتار عن الرملي)، وعليه فالادعاء بعد التقسيم بكون المقسوم ملكه تناقض.

ويستفاد من تعبير التقسيم والمقسوم بأنه لا تسمع دعوى العين بعد التقسيم ووجه الاستفادة هو: إن التقسيم يجري في الأعيان ولا يجري في الديون والذمم، مثلاً لو ادعى أحد الورثة بعد تقسيم التركة بين الورثة أحد الأعيان المقسومة التي أصابت أحد الورثة قائلاً: إنني اشتريت هذه العين من المتوفي في حال صحته أو أن المتوفي وقد وهبني وسلمني إياها في حال صحته أو أن المتوفى كان وكيلاً عني في شراء تلك العين فلا تسمع دعواه.حتى لو أن الورثة قد اقتسموا مع أعمامهم العقارات الموروثة عن جدهم وادعوا بعد الاقتسام بأن جدهم قد ملك العقارات المذكورة لأبيهم وأنهم كانوا يجهلون ذلك وقت القسمة وأن العقارات المذكورة هي ملكهم فلا تسمع دعواهم (علي أفندي).

والقسام أيضاً في ذلك كالورثة. فإذا ادعى القسام بعد تقسيمه التركة بين الورثة بأن أحد الأعيان المقسومة هي له فلا تسمع دعواه (الأنقروي).

وقبول الوصاية أيضاً كتقسيم التركة. مثلاً إذا قبل أحد الوصاية على تركة المتوفى وهو يعلم أن مالا هو من التركة المذكورة فليس له بعد قبوله الوصاية على تلك التركة أن يدعي ذلك المال بقوله هو ملكي وإذا ادعاه لا يقبل.

أما الابتدار إلى تقسيم غلة مال فلا يكون ذلك إقراراً بأن المال المذكور مشترك فلذلك إذا ادعى أحد الورثة بعد تقسيم عنب الكرم الذي هو من التركة الكرم المذكور مستقلاً قائلاً: بأن مورثنا قد باعه لي في حال صحته وسلمه لي فتسمع دعواه لأنه من الجائز أن يكون الكرم لزيد وثمره مشترك بين زيد وعمرو.

كذلك الابتدار إلى تقسيم التركة لا يمنع من دعوى الدين (علي أفندي).

مثلاً لو ادعى الورثة بعد إقتسامه التركة مع الورثة ديناً في ذمة المتوفي فتسمع دعواه وإذا أثبت الوارث دينه تنتقض القسمة ما لم يقضوا دينه أو يبرئ ذمة الميت منه ولو كان أحدهم باع حصته يبطل البيع كالقسمة (الدر المختار، رد المحتار).

أما إذا قال إن المتوفي كان قد وهبه لي حال كوني صغيراً أو باعه لي ولم أكن أعلم بذلك حين القسمة يكون معذوراً وتسمع دعواه حيث إنه محل خفاء.

المادة (١٦٥٧) - (لو أمكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ووفقهما المدعي أيضاً يرتفع التناقض، مثلاً لو أقر أحد بأنه كان مستأجراً في دار ثم ادعى أنها ملكه لا تسمع دعواه ولكن لو قال كنت مستأجراً ثم اشتريتها يكون قد وفق بين كلاميه وتسمع دعواه. كذلك لو ادعى أحد على آخر دراهم معلومة المقدار من جهة القرض وأنكر المدعى عليه ذلك بقوله: ما أخذت منك شيئاً أو لم يجر بيني وبينك أي معاملة مطلقاً أو أنني لا أعرفك مطلقاً وأقام المدعي البيّنة على دعواه فادعى المدعى عليه بعد ذلك قائلاً: قد أوفيتك ذلك المبلغ أو كنت أبرأتني منه فلا تسمع دعواه للتناقض ولكن لو قال المدعى عليه على دعوى المدعي المشروحة: ليس لك عليَّ دين قط وبعد أن أقام المدعي البيّنة ادعى المدعى عليه قائلاً: نعم كنت مديناً لك ولكن أوفيتك إياه أو أبرأتني منه وأثبت ذلك بدفع المدعي وكذلك لو ادعى أحد وديعة على آخر وأنكر المدعى عليه بقوله: ما أودعت عندي شيئاً وأثبت المدعي ذلك وقال المدعى عليه بعد ذلك كنت رددتها وسلمتها إليك فلا يسمع دفعه هذا ويأخذ المدعي الوديعة عيناً إن كانت موجودة في يده ويضمن قيمتها إن كانت مستهلكة وأما لو أنكر المدعى عليه دعوى

المدعي المشروحة بقوله ليس لك عندي وديعة ثم أقام المدعي البيّنة وقال المدعى عليه بعد ذلك كانت لك عندي تلك الوديعة ولكن رددتها وسلمتها لك فتسمع دعواه).

لو أمكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ووفقهما المدعي أيضاً يرتفع التناقض.

وليس تعبير المدعي هنا احترازياً إذ الحكم في المدعى عليه هو على هذا الوجه أيضاً (تكملة رد المحتار) ولا يرتفع التناقض بإمكان التوفيق فقط أي لو أمكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ولم يوفقهما المدعي بالفعل فلا يرتفع التناقض استحساناً وعلى القول الأصح ويؤخذ من ظاهر عبارة المجلة بأنها اختارت هذا القول.

وفي الكلام المتناقض على هذه الصورة ثلاثة احتمالات:

الأول ـ أن يكون توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين غير ممكن.
الثاني ـ أن يكون توفيقه ممكناً ولم يجرِ التوفيق.
الثالث ـ أن يكون توفيقه ممكناً ويوفق.

ففي الاحتمال الأول تكون الدعوى غير صحيحة وفي الاحتمال الثالث تكون صحيحة. أما في الاحتمال الثاني ففيه أقوال أربعة:

١ ـ يلزم توفيقه بالفعل ولا يكفي فيه إمكان التوفيق.

٢ ـ يكفي إمكان التوفيق فيه وبتعبير آخر سواء كان التناقض من المدعي أو المدعى عليه وكان وجه التوفيق متحداً أو غير متحد. مثلاً لو ادعى المدعي قائلاً: قد اشتريت هذا المال من أبي في حال حياته وصحته وأنكر الخصم ولم يثبت المدعي وحلف الخصم اليمين ثم رجع المدعي وادعى بأن المال المذكور ميراث له عن والده فتقبل دعواه لأن التوفيق ممكن حيث يمكنه أن يقول اشتريته فأنكر البيع ثم ورثته أما إذا ادعى أولاً الإرث وادعى ثانياً الشراء فلا تقبل دعواه (تكملة رد المحتار) وهذا القول هو القول بكفاية إمكان التوفيق مطلقاً وهو قياس.

٣ ـ إذا كان التناقض من المدعي فيلزم فيه التوفيق بالفعل ولا يكفي إمكان التوفيق. أما إذا كان التناقض من المدعى عليه فيكفي إمكان التوفيق. لأن الظاهر عند الإمكان وجود التوفيق والظاهر حجة في الدفع وليس حجة في الإستحقاق ولذلك فالظاهر يكفي في الدفع ولا يكفي في الإستحقاق.

٤ ـ إذا كان وجه التوفيق متحداً فيكفي فيه إمكان التوفيق أما إذا كان وجه التوفيق متعدداً فلا يكفي فيه إمكان التوفيق بل يشترط التوفيق بالفعل.

وهذا الاختلاف جار في المسائل الآتية:

(أولاً) التناقض الصادر من المدعي (ثانياً) التناقض الحاصل بين المدعي وشهوده (ثالثاً) التناقض الصادر من المدعى عليه.

مثلاً إذا ادعى المدعي مالاً وانكر المدعى عليه قائلاً: ليس لك عندي حق مطلقاً فأثبت المدعي دعواه فإذا أقام المدعى عليه شهوداً على إيفائه ذلك أو على إبراء المدعي له فتقبل على القول الثاني. لأن غير الحق يكون بعضاً قضاء دفعاً للخصومة وبعضاً إبراء ولذلك فإمكان التوفيق موجود (رد المحتار بزيادة). كذلك إذا قال المدعى عليه في دعوى الدين أن لي دفعاً سأحضره وقال له القاضي: أن الدفع يكون بالإبراء أو الإيفاء فأيهما تدعي فأجابه المدعى عليه أدعيهما معاً ووفق ذلك فلا يكون تناقضاً. وتوفيق ذلك يكون بقوله: قد أوفيت بعض ذلك المال وأبرأني من بعضه أو بقوله: قد أوفيته جميعاً فأنكر إيفائي فرجوته فأبرأني منه أو بقوله قد أبرأني منه ثم أنكر الإبراء فأوفيته.

أما التناقض فلا يوجب بطلان الدعوى ولو لم يجر توفيق (الهندية).

مثلاً لو أقر أحد بأنه كان مستأجراً في دار أو مزارعاً في أرض أو مستعيراً مالاً ثم ادعى أن الدار أو الأرض ملكه لا تسمع دعواه. انظر المادة (١٥٨٣) ولكن لو قال بعد مرور مدة يمكن الشراء فيها بعد الاستئجار موفقاً كلاميه كنت مستأجراً أو مزارعاً أو مستعيراً ثم اشتريتها من مالكها فتسمع دعواه فإذا إثبت شراءه بعد الاستئجار على هذا الوجه يأخذ تلك الدار. أما لو قال: إنني اشتريتها قبل الاستئجار فلا يرتفع التناقض.

كذلك لو أقر أحد بأن هذا المال هو لفلان ثم ادعى بعد إقراره هذا بعد مرور مدة يمكن فيها الاشتراء بأن ذلك المال ماله وأنه اشتراه بعد إقراره فتسمع دعواه (رد المحتار).

كذلك لو ادعى أحد على آخر الهبة مع القبض في مال وأنكر المدعى عليه ذلك فرجع المدعي بعد ذلك وادعى بأنه اشترى ذلك المال بعد مدة من الهبة وأقام البينة على ذلك فتسمع دعواه (تكملة رد المحتار).

ولو ادعى وقتاً قبل وقت الـهبة لا يقبل والفرق أن التوفيق في الوجه الأول ممكن وفي الوجه الثاني لا يمكن فيتحقق التناقض (الدرر باختصار).

كذلك لو ادعى أحد على آخر دراهم معلومة المقدار من جهة القرض أو من جهة ثمن المبيع وأنكر المدعى عليه ذلك بقوله: ما أخذت منك شيئاً وما أخذ منك ديناً أو لا يلزمني شيء لك أو لم يجرِ بيني وبينك أي معاملة مطلقاً أو لا أعرفك قط أو لم أنظرك مطلقاً أو لم أجتمع معك في مكان وبعد أن أقام المدعي البينة ادعى المدعى عليه بأنه أوفى المبلغ المذكور قبل قوله ذلك أو أن المدعي أبرأه منه فلا تسمع دعواه للتناقض. (علي أفندي) إذ لا يمكن توفيق هذا التناقض حيث أن المدعى عليه ادعى عدم أخذ شيء من المدعي فقوله بأنه أوفى المدعي أو أن المدعي أبرأه من المدعى به لا يقبل التأويل (الدر المحتار وتكملة رد المحتار والطحطاوي) ما لم يقل المدعى عليه موفقاً: وإن يكن

أنه لم يجرِ بيني وبين المدعي معاملة ما إلا أن شهودي قد سمعوا إبراء المدعي لي وفي هذه الحالة يقبل ادعاؤه (الأنقروي).

كذلك لو قال المدعى عليه للمدعي لا أعرفك مطلقاً فأثبت المدعي حقه فادعى المدعى عليه الإيصال فلا تسمع دعواه الإيصال. إلا أنه لو ادعى إقرار المدعي بوصول الحق له فيقبل (تكملة رد المحتار).

كذلك لو قال: إنني دفعت المبلغ المذكور دفعاً للنزاع بعد قولي لم آخذ منك شيئاً فيقبل أيضاً.

وقد ورد في التكملة ادعى أن مورثه اشترى منك ثوباً قبضت منه أي من ثمنه كذا وبقي كذا فأجاب أن مورثي لم يشترِ منك ثوباً قط ولم يكن يعرفك فبرهن على دعواه وبرهن الآخر على دفع جميع الثمن فإنه يقبل بلا شك. لأنه لا يصح جوابه إلا على نفي العلم.

ولكن لو قال بعد ادعاء المدعي المشروح ليس لك عليَّ دين قط أو ليس لك عليَّ أي حق فأقام المدعي البينة على دعواه المذكورة فادعى المدعى عليه بعد ذلك قائلاً: نعم كنت مديناً ولكني أوفيتك أو أبرأتني منه وأثبت دعواه هذه يدفع المدعي. أذ لا تناقض في هذا الدفع حيث أن قول المدعى عليه ليس لك عليَّ دين معناه بأنني أوفيت الدين وليس عليَّ دين فلذلك لا يحتاج هذا الدفع للتوفيق.

وقد جاء في التنقيح عن البزازية: قال ليس لك عليَّ شيء تسمع دعوى الإيفاء ولو قال ما ستدنت منك لا تسمع لعدم إمكان التوفيق، وقد جاء في التنوير ومثل ذلك لو قال ما كان لك عليَّ شيء قط.

وكذلك لو ادعى أحد وديعة على آخر وأنكر المدعى عليه بقوله: ما أودعت عندي شيئاً وأثبت المدعي الإيداع وقال المدعى عليه بعد الإثبات كنت رددتها وسلمتها إليك أو تلفت في يدي بلا تعد ولا تقصير فلا يسمع دفعه هذا ويأخذ المدعي الوديعة أن كانت موجودة في يده انظر المادة (١٧٩٤). وإذا كانت مستهلكة يضمن قيمتها إذا كانت من القيميات أو مثلها إذا كانت من المثليات. لأنه يوجد بين كلامه ما أودعت عندي شيئاً وكلامه قد رددتها لك تناقض غير قابل للتوفيق.

وأمَّا لو أنكر المدعى عليه بقوله ليس عندي وديعة بعد ما ادعى المدعي الوجه المشروح ثم أقام المدعي البينة فقال المدعى عليه بعد ذلك كان لك عندي تلك الوديعة ولكن رددتها وسلمتها لك فتسمع دعواه حيث أن قول المدعى عليه ليس لك عندي وديعة معناه بأنني رددتُ لك تلك الوديعة فلا يكون تناقضاً (الهندية).

وقد ورد في التنقيح. ادعى عليه شركة أو قرضاً أو وديعة أو عارية أو قبض مال بطريق الوكالة فأنكر ثم اعترف وادعى الرد لا يقبل إلا ببينة لأنه بالجحود خرج عن أن يكون أميناً.

وقد ورد في الأنقروي عن البزازية: ادعى أنه باع منه هذا المال وبه عيب ورام الرد عليه فأنكر البيع فلما برهن عليه زعم أنه أبرأه من كل عيب لا يسمع للتناقض وهذا قول الإمام وأما عند أبي يوسف فالعين والدين سيان.

وقد جاء في الخانية: لو أن رجلاً اشترى مالاً ثم ادعى به عيباً فاستحلف البائع فنكل وقضى عليه بالنكول ثم أن البائع أقام البينة أنه تبرأ إليه من هذا العيب تقبل بينته وان ادعى البراءة بعد إنكار الدين أو ادعى العفو عن صاحب القصاص بعد إنكار تسمع.

كذلك لو ادعى أحد على أخيه قائلاً: أن هذه الدار موروثة لنا عن أبينا فأجاب المدعى عليه بأنَّه ليس بيننا حق في هذه الدار ثم ادعى بأنَّه اشترى تلك الدار من أبيه أو ادَّعى بأن أباه قد أقر بأن تلك الدار له يقبل ادعاؤه. لأن قوله ليس بيننا حق في الدار معناه ليس له حق فيها حيث اشتريتها منه ولا تناقض في ذلك.

أما لو قال المدعى عليه جواباً على دعوى المدعي المذكورة أن هذه الدار لم تكن بوقت من الأوقات ملكاً لوالدنا ثم ادعى بعد ذلك الشراء على الوجه المشروح فلا يقبل ادعاؤه للتناقض. ولكن يقبل ادعاؤه إقرار والده على الوجه المشروح آنفاً. انظر المادة (١٦٥٢) الهندية.

كذلك لو ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً أنه مالي قد ورثته أو أن ذا اليد قد وهبه وسلمه لي ثم رجع بعد دعواه هذه وقال إنني اشتريت هذا المال من ذي اليد حيث أنه أنكر أن المال المذكور موروث لي أو أنكر هبته وتسلمه لي أو ادعى بأن المال المذكور ملكه وأنه اشتراه من ذي اليد ثم رجع وادعى بأن البائع أنكر البيع وأنه وهبه وتصدق عليه بذلك المال بعد ذلك ينظر: فإذا لم يذكر تاريخ الإدعاء الأول والإدعاء الثاني أو ذكر تاريخاً فيهما وكان تاريخ الثاني مقدماً عن التاريخ الأول فلا تقبل دعواه (تكملة رد المحتار).

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: ان هذه الدار موروثة لي عن والدي فأجابه المدعى عليه أن هذه الدار لم تكن بوقت من الأوقات ملكاً لوالدك أو قال لم يكن لوالدك حق في هذه الدار مطلقاً فأقام المدعي البينة فادعى المدعى عليه بعد ذلك بأن والد المدعي باعه تلك الدار فلا يقبل ادعاؤه أما لو قال المدعى عليه جواباً على دعوى المدعي المشروحة ليس لوالدك حق في تلك الدار فأقام المدعي البينة فادعى المدعى عليه بأن والد المدعي باعه تلك الدار أو ادعى إقرار والده في حال حياته بأن تلك الدار للمدعى عليه أو ادعى إقرار المدعي في حياة والده أو بعد وفاة والده بأن تلك الدار له فيقبل ادعاؤه (الأنقروي)[1]

(١) وكذا إذا أجر نفسه ليعمل في الكرم ثم ادعى أنه ملكه لا تسمع دعواه (التنقيح). وورد في الخانية رجل أقر عند القاضي أن هذا المال لفلان غير ذي اليد ثم أقام بينة أنه له اشتراه من الذي في يده قبل إقراره لا تقبل بينته. وجاء في جامع الفصولين. ادعى أداء دينه بسمرقند ثم برهن على أدائه ببخارى كان تناقضاً إلا إذا وفق.

المادة (١٦٥٨) - (إذا أقر أحد بصدور عقد بات صحيح منه وربط إقراره هذا بسند ثم ادعى أن ذلك العقد كان وفاءً أو فاسداً فلا تسمع دعواه (راجع المادة ١٠٠). مثلاً لو باع أحد داره لآخر في مقابلة ثمن معلوم وسلمه ثم ذهب إلى حضور القاضي وأقر بقوله: إنني بعت داري المحدودة بكذا لفلان في مقابلة هذا الثمن بيعاً باتاً صحيحاً وربط إقراره هذا بسند وبعد ذلك رجع وادعى بقوله: أن البيع المذكور كان عقداً بطريق الوفاء أو بشرط مفسد هو كذا فلا تسمع دعواه، كذلك لو تصالح أحد مع آخر على دعواه وذهب إلى حضور القاضي وأقر بأن ذلك الصلح عقد صحيحاً وبعد أن ربط إقراره هذا بسند رجع وادعى بأن الصلح المذكور قد وقع بشرط مفسد هو كذا فلا تسمع دعواه).

إذا أقر أحد بصدور عقد بات صحيح منه أي لم يكن وفاء ولا فاسداً وربط إقراره هذا بسند معنون ومرسوم ثم ادعى بأن ذلك العقد كان وفاء أو فاسداً مع إقراره بتحرير السند المذكور فلا تسمع دعواه انظر المادة (١٠).

أما إذا ادعى قائلاً: بأنني أقررت بأن البيع وقع باتاً وصحيحاً إلا أنني كاذب في إقراري وأن البيع كان وفاء فيجري في ذلك حكم المادة (١٥٨٩).

مثلاً لو باع أحد داره لآخر في مقابلة ثمن معلوم ثم ذهب إلى حضور القاضي توثيقاً للبيع وأقر بقوله إنني بعت داري المحدودة بكذا لفلان بمقابلة كذا مبلغاً ثمناً بيعاً باتاً صحيحاً وربط إقراره هذا بسند ثم رجع وادعى بقوله: إن البيع المذكور كان عقد بطريق الوفاء أو بشرط مفسد هو كذا فلا تسمع دعواه(النتيجة). سواء كان العقد المذكور بيعاً وقد ذكر مثاله أو كان توكيلاً، مثلاً: لو وكل أحد آخر ببيع كرمه لشخص فباع الوكيل الكرم لذلك الشخص واعترف الموكل بعد ذلك بأن التوكيل المذكور وقع طوعاً منه ثم ادعى بعد ذلك بأن التوكيل قد وقع باكراه معتبر فلا تسمع دعواه (البهجة).

أو كان ابراء - مثلاً لو ابرأ أحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص مّا ثم ذهب بعد الإبراء إلى حضور القاضي فأقر بأن الإبراء المذكور وقع صحيحاً وربط ذلك بحجة ثم ادعى بعد ذلك بأن الإبراء المذكور قد وقع بشرط مفسد هو كذا فلا تسمع دعواه (النتيجة).

أو كان صلحاً - كذلك لو تصالح أحد مع آخر على دعواه وذهب إلى حضور القاضي وأقر بأن ذلك الصلح عقد صحيحاً بعد أن ربط اقراره هذا بسند رجع وادعى بأن الصلح المذكور قد وقع بشرط مفسد هو كذا فلا تسمع دعواه.

أما لو قال أحد بقصد إنشاء البيع قد بعت لك هذا المال بيعاً صحيحاً وقبل الآخر فادعى

بعد ذلك بأن هذا البيع كان وفاء وأن القول عنه بأنه بيع بات صحيح مبني على المواضعة فتسمع دعواه [١].

المادة(١٦٥٩)- (إذا باع أحد مالاً على أنه ملكه في حضور شخص آخر لشخص وسلمه ثم ادعى الحاضر بأنه ملكه مستقلاً أو أن له حصة فيه مع أنه كان حاضراً في مجلس البيع ورأى ذلك وسكت بلا عذر ينظر: فإذا كان الحاضر من اقارب البائع أو زوجها أو زوجته فلا تسمع دعواه هذه مطلقاً وإذا كان من الأجانب فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع مانعاً لاستماع دعواه على هذا الوجه. أما إذا كان حاضراً مجلس البيع ورأى أن المشتري يتصرف في ذلك الملك تصرف الملاك مدة بإنشائه أبنية فيه أو هدمه أو غرسه أشجاراً وسكت بلا عذر ثم ادعى بعد ذلك على الوجه المبين أعلاه بأن الملك ملكه أو أن له حصة فيه فلا تسمع دعواه).

إذا باع أحد مالاً عقاراً أو منقولاً أو أرضاً اميرية على أنه ملكه أو أنه في تصرفه بسند تمليك في حضور شخص آخر لشخص أو تفرغ به بإذن صاحب الأرض وسلمه ثم ادعى الحاضر بأنه ملكه مع أنه كان حاضراً في مجلس البيع وسكت بلا عذر ينظر:

في حضوره ورأى - والمقصد من ذلك الإطلاع والعلم سواء كان حاضراً مجلس البيع أم كان غائباً عنه وعلم بالبيع مؤخراً يعني لو باع أحد مالاً على أنه ملكه لآخر وسلمه إياه ولم يحضر أقارب البائع أو زوجها أو زوجته مجلس البيع واطلع على البيع بعد يوم أو يومين وسكت فلا تسمع دعواه بعد ذلك حسب الفقرة الآتية:

البيع - ليس هذا التعبير احترازاً من الهبة والتسليم أو التصدق والتسليم كما بينه رد المحتار كما أنه ليس احترازاً من الوقف أيضاً. مثلاً إذ كان أحد أقارب الواهب أو زوجها أو زوجته حاضراً وقت الهبة والتسليم وسكت فلا تسمع دعواهم بعد ذلك مطلقاً. إلا أن علي أفندي قد ذكر في فتواه أن الهبة والتسليم في حكم البيع.

مثلاً لو وهبت امرأة دارها لأختها في مواجهة بنتها وسلمتها لها وسكتت بنتها فإذا ادعت البنت على أخت لها بأن أمها قد وهبتها تلك الدار وسلمتها لها قبل أن تهبها لأختها فتسمع دعواها (علي أفندي ورد المحتار). فعلى هذا الحال يجب إيجاد فرق بين البيع والهبة وليس من فرق بينهما في الظاهر فلذلك يرى أن بيان رد المحتار هو الموافق. إلا أنه احتراز من الإجارة والرهن والإعارة كما سيوضح آتياً.

---

(١) الأب إذا باع عقار ابنه الصغير بالغبن الفاحش لا يجوز وله أن يخاصم إلا إذا أقر وقال بثمن المثل وكتب ذلك في الصك (الانقروي عن العمدة).

فإذا كان ذلك الشخص من أقارب البائع أو زوجها أو زوجته فلا تسمع دعواه مطلقاً فيما إذا لم يقر المدعى عليه سواء تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك أو لم يتصرف. لأنه قد عد الحضور عند البيع وترك المنازعة أثناء ذلك إقراراً دلالة بأن ذلك المال هو ملك البائع وحيث وجد أن أهل العصر يميلون إلى الأضرار بالناس فقد قصد بذلك وضع حائل بين الإطماع الفاسدة (النتيجة).

أما إذا أقر المدعى عليه بأن المال المذكور هو مال المدعي وادعى أن مجرد وجود المدعي وقت البيع وسكوته قد اسقط حقه في المال المذكور فلا يسمع دفع المدعى عليه هذا بل يلزم بإقراره. أنظر المادة(١٦٥٣). لم أر من بين درجة القرابة؟ ومن هم المقصودون من الأقارب أو وضح ذلك؛ إلا أن شرح التنوير بين أن الأقارب مثلاً كالابن، وذكر المحشي عل التنوير أن غير الإبن من الأقارب هو كالإبن كما ان الخيرية قد ذكرت في قسم البيع بأن العم هو في هذا الحكم. فاذا كانت كلمة الاقارب تشمل في هذه المسألة العم فلا شك بأن الأقارب الذين هم أقرب قرابة العم كالأب والأم والأخ والأخت يكون حكمهم حكم العم. ولكن هل يشمل حكم هذه المادة الأقارب الآخرين كأولاد الأخوة والأخوات أولاد الاعمام والعمات والأخوال والخالات وأولادهم؟ لم أجد إيضاحات تتعلق بذلك. إلا أن ابن عابدين في رسالة غاية المطلب ذكر أن الذي يدخل في القرابة عند الإمام الأعظم هو ذو الرحم المحرم إلا أن الرسالة المذكورة هي في حق الوقف فهل يجوز في هذه المسألة الاستدلال بتلك الرسالة؟ ومع ذلك قد أطلق في الآية الكريمة﴿ولا يأتل أولُو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولي القربى المساكين والمهاجرين﴾على ابن الخالة.

البيع - ويحترز بهذا التعبير من الإجارة والإعارة والرهن والبيع بالاستغلال والوصية. لأنه لو أجر أحد مالاً على أنه ملكه في حضور آخر أو اعاره أو رهنه أو باعه استغلالاً فإذا ادعى الحاضر بعد ذلك بأن المال المذكور هو له أو أن له حصة فيه فتسمع دعواه سواء كان الحاضر من أقارب البائع أو من الأجانب.

كذلك لو أوصى أحد بماله لأجنبي في مواجهة ولده ومات مصراً على وصيته وضبط الموصى له الموصى به ثم ادعى ولد الموصي بأن المال المذكور ماله فليس للموصى له أن يقول للمدعي إنك متناقض في دعواك حيث سكت حين الوصية.

والفرق بين البيع والإجارة والعقود الأخرى هو أن المالك لا يرضى بأن ينتقل ملكه للغير إلا أنه يرضى أن ينتفع آخر في ماله كما أن هذا الحكم قد ثبت في البيع وأمثاله على خلاف القياس فلا يقاس على غيره. أنظر المادة (١٥) (رد المحتار والبهجة).

كذلك لو تفرغ أحد بالأرض الأميرية التي في تصرفه بموجب سند خاقاني لآخر بإذن صاحب الأرض في حضور زوجته وسكتت الزوجة بلا عذر ثم ادعت مؤخراً بأن الأرض المذكورة هي تحت تصرفها قبل الفراغ المذكور فلا تسمع دعواها (جامع الإجارتين).

وإن كان من الأجانب سواء كان أولئك الأجانب من الجيران أو من غيرهم فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً من سماع دعواه أي بعد علمه بالبيع والتسليم أما إذا تصرف المشتري في ذلك الملك بعد حضوره وسكوته في مجلس البيع بلا عذر تصرف الملاك بناء

وهدما كهدم الحائط أو غرسا ورآه الحاضر وسكت بلا عذر ثم ادعى بعد ذلك بقوله هذا ملكي أو أن لي فيه كذا حصة فلا تسمع دعواه ولو أن مدة التصرف لم تبلغ حد مرور الزمن. إلا أنني لم أجد من عين المدة التي يسقط فيها الحق بالسكوت (رد المحتار). فإذا أثبت السكوت على هذا الوجه فبها. وإذا لم يثبت فهل يتوجه اليمين على الطرف المنكر؟ قد بينا في شرح الباب الثاني الآتي البيان قاعدة فقهية للمسائل التي يلزم فيها اليمين فلتراجع.

تصرف الملاك ـ هو التصرف الذي يجوز لصاحب الملك فقط أن يتصرف به.

الفرق بين المسألتين: يكفي في الأقارب مجرد العلم بالبيع والتسليم لمنع استماع الدعوى ومع أنه لا يلزم في ذلك تصرف المشتري مدة في المبيع تصرف الملاك إلا أنه في الأجانب يلزم التصرف مدة لمنع استماع الدعوى. لأن الاطماع الفاسدة تغلب بين الأقارب وشبهة التلبيس مرجحة بينهم وفي دعاوى الإرث يحصل كثير من ذلك أما الأجنبي **فطمعه** في مال الغير نادر فلذلك يجب وجود مرجح يرجح بها جهة التزوير وهي تصرف المشتري مدة في المبيع تصرف الملاك (رد المحتار).

قيل بلا عذر. لأنه كما بين في شرح المادة (١٦٥٥) يعذر المدعي في موضع الخفاء وفي حال الصغر وفي عدم العلم فلذلك لو باع أحد مالاً على أنه ملكه لآخر وسلمه في حضور ولده الصغير وبعد أن رأى ذلك وسكت ادعى عند بلوغه بأن المال المذكور ماله فتسمع دعواه. لأنه معذور حيث كان حين البيع والتسليم صغيراً. أنظر المادة (١٦١٦).

كذلك لو ادعى ذلك الشخص بأنه لا يعلم وقت البيع أن المال المذكور ماله يصدق. مثلاً لو باع أحد داراً لولده الصغير وبعد أن بلغ الصغير باع تلك الدار في حضور ولده لآخر وسلمها له وكان ولده غير عالم بأن الدار مباعة له في حال صغره فإذا ادعى الولد بعد ذلك بأن تلك الدار هي ملكه أو أن له كذا حصة فيها فتسمع دعواه. لأن التناقض معفو عنه في محل الخفاء حيث أن للأب الشراء للابن الصغير منفرداً فيكون الشراء محل خفاء للولد (الواقعات ورد المحتار).

إن عبارة، في البيع، الواردة في الفقرة الأخيرة ليست لفظاً احترازياً فلذلك لو رأى أحد آخر يتصرف في دار أو أرض أو حيوان مدة تصرف الملاك وسكت ثم ادعى بنفسه أو ادعى وارثه بعد الوفاة بأن المال المذكور ملكه فلا تسمع الدعوى ولو لم يكن مرور زمن فيه.

مثلاً لو سكن أحد في دار ثلاث أو أربع سنوات ورأى جاره تصرفه في تلك الدار بأنشاء ابنية أو هدمها فسكت ثم ادعى بعد ذلك بأن جميع تلك الدار له أو أن له حصة فلا تسمع دعواه.

وقد جاء في التنقيح عن الولوالجية وفي جامع الفتاوى رجل تصرف في أرض زمانا ورجل آخر يرى تصرفه فيها ثم مات المتصرف فلم يدع الرجل حال حياته لا تسمع دعواه بعد وفاته.

«خلاصة الباب الأول»

تعريف الدعوى ـ طلب أحد حقه حال المنازعة في حضور القاضي أو في المحكمة بلفظ يدل

على الجزم مضيفاً إياه لنفسه أو إلى موكله، وتعبير حق يشمل الأعيان والديون والحق الوجودي والعدمي.

تقسيمها ـ الدعوى الصحيحة والدعوى الفاسدة، وهي نوعان (١) فاسدة الوصف (٢) فاسدة الأصل وهي الدعوى الباطلة.

شرائطها ـ لا يشترط حضور الخصم الذي لم يكن مـدعى عليه وبيان سبب الملك في المدعى به العين ولا بيان تعريف وتوصيف المال الذي هو سبب نشأة الدين في دعوى الدين.

يشترط أن يكون الطرفان عاقلين؛ وأن يكون المدعى عليه معلوماً شخصاً. لأنه لا يلزم المجهول ويستثنى من ذلك كتاب القاضي، وأن يكون المدعى به معلوماً؛ ويستثنى من ذلك دعوى غصب المجهول ورهنه. (١٦٣١) وابراؤه (١٥٦٧) واقراره، والوصية المجهـولة، عـدم وجود التناقض في الدعوى والطلب في الدعوى أخذ المدعى عليه من المدعي. وحضور الخصم الأصيل حين الدعوى والشهادة والحكم، وأن يكون المدعى به محتمل الثبوت وبيان سبب وجهة الدين في المدعى به الدين على قول. لأن أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابها، ولزوم بيان الجنس والنوع والوصف والمقدار في المدعى به الدين.

دفع الدعوى

هو ايراد دعوى من طرف المدعى عليه ترد دعوى المدعي وهو على خمسة أنواع: الدفع، ودفع الدفع والدفع قبل الحكم، والدفع بعد الحكم، والدفع الغير الصحيح.

يستثنى من ضابط يجب أن يكون الدفع من المدعى عليه مسألتان:

(١) إذا كان المدعى عليه أحد الورثة فللورثة الآخرين أن يدفعوا الدعوى.

(٢) إذا ضبط المال المشترى من يد المشتري بالاستحقاق تقبل بينة البائع على كونه اشترى المال من المستحق قبل بيعه المال المذكور من المشتري.

يتبدل في دفع الدعوى صفة الطرفين وأما الأسباب الثبوتية في الدفع فهي:
(١) اقرار المدعي (٢) البينة (٣) نكول المدعي عن اليمين (٤) اقرار الشخص الثالث في بعض المسائل.

الخصومة

مسألة الخصومة تقسم إلى اعتبارين.

الاعتبار الأول ـ ثلاثة أقسام:

القسم الأول ـ الخصم منفرداً (١) الخصم في دعوى العين هو ذو اليد (**المادة ١٦٣٥**).

فلذلك يكون المشتري الذي قبض المبيع خصماً للمستحق أنظر المادة (١٦٣٦).

(٢) الذي يترتب حكم على اقراره يكون خصماً في حالة انكاره أنظر المادة (١٦٣٤).

(٣) يكون خصماً في الدعوى العائدة للمتوفي (أولاً) أحد الورثة (ثانياً) وصي المتوفي (ثالثاً) الموصى له بجميع المال عند عدم الوارث والوصي (رابعاً) الشخص الذي وهبه المتوفي في مرض موته وسلمه الموهوب.

(٤) يكون في الدعاوى العائدة منافعها للعموم احد العامة خصماً.

القسم الثاني ـ الذي يكون خصماً مع حضور آخر.

(١) الدعاوى التي تقام من المتصرفين بالمستغلات الوقفية على الاشخاص الآخرين يجب حضور متولي الوقف فيها.

(٢) المسائل المخمسة وهي: (أولاً) يجب حضور الوديع والمودع معا عند دعوى الوديعة من المستودع (ثانياً) يجب حضور المستعير والمعير معاً عند دعوى المستعار من المستعير (ثالثاً) يجب حضور المستأجر والمؤجر معاً عند دعوى المأجور من المستأجر (رابعاً) والمرتهن والراهن عند دعوى المرهون من المرتهن (خامسا) والغاصب والمغصوب منه عند دعوى المغصوب من الغاصب، المادة (١٦٣٧) وشرحها.

والثبوت في ذلك يكون (١) بالبينة (٢) بالاقرار (٣) بتصديق صاحب المال (٤) بنكول المدعي عن اليمين.

وشرائط المسائل المخمسة:

(١) يجب أن يعين الدافع الغائب في دفعه والشهود في شهادتهم بذكر اسمه.

(٢) يجب اثبات الإيداع قبل الحكم.

(٣) أن لا يقر المدعى عليه بأن المدعى به هو ملك له أو للمدعي قبلاً أو في الحال.

(٤) أن لا يدعي المدعي أنه وكيل بالقبض عن الغائب.

(٥) أن لا يدعي المدعي على ذي اليد بفعل.

(٦) أن يكون المال المدعى به موجوداً.

(٧) أن لا تكون منفعة المدعى به عائدة للعامة كالطريق العام. والمقصود من الغائب هنا الشخص الغير الموجود في مجلس القاضي.

القسم الثالث ـ الذين لا يكونون أخصاماً مطلقاً:

(١) الوديع للمشتري والمغصوب منه للموصي له وللمودع. المادتان (١٦٣٨ و١٦٣٩).

(٢) مدين المدين للدائن والمستأجر للمرتهن والوكيل بالاقرار للمستقرض والمدين لدائن آخر المادة (١٦٢٠) ومشتري المشتري للبائع المادة (١٦٤١).
الاعتبار الثاني ـ سبعة أقسام:

(١) خصم في الدعوى وفي اقامة البينة وفي الاستحلاف.

(٢) خصم في الدعوى وفي الاستحلاف.

(٣) خصم في الدعوى والبينة.

(٤) خصم في الدعوى والبينة وليس خصماً في الاقرار واليمين.

(٥) خصم في حالة اقراره فقط؛ المادة (١٦٤١).

(٦) خصم في اقامة البينة وغير خصم في الاقرار واليمين.

(٧) خصم في تسليم المدعى به فقط.

التناقض

التناقض هو سبق شيء مناف لدعوى المدعي.

ويمنع دعوى الملكية ولكن لا يمنع دعوى النسب (دعوى الابوة والبنوة)، المادة ١٦٤٧ وشرحها.

يتحقق التناقض بين كلام شخصين يكونان في حكم الشخص الواحد، المادة (١٦٥٢).

يرتفع التناقض: (أولاً) بتصديق الخصم (ثانياً) بترك الدعوى الأولى وبحصر المطلب في الدعوى الثانية (١) (ثالثاً) بتكذيب القاضي (٢) (رابعاً) إذا كان محل خفاء وظهرت معذرة المدعي (خامساً) بالتوفيق المادة (١٦٥٦) (٣).

مستثنيات

(١) إذا قال: هذا المال لزيد ثم قال لغيره فلا تسمع دعواه.

(٢) أنظر شرح الفقرة الأولى للمادة «١٥٦٤» من المجلة.

(٣) يوجد ثلاث صور في الكلامين المتناقضين.

(١) أن لا يكون توفيقه ممكناً فالدعوى فيه غير صحيحة.

(٢) أن يكون توفيقه ممكناً ولم يوفق وفي هذه الصورة أربعة أقوال: «الأول» يجب التوفيق بالفعل ولا يكفي أمكان التوفيق (الثاني) يكفي امكان التوفيق (الثالث) إذا كان التناقض من طرف المدعي فلا يكفي امكان التوفيق أما إذا كان من المدعى عليه فيكفي «الرابع» إذا كان وجه التوفيق متحداً فإمكان التوفيق كافٍ وإذا كان مختلفاً فهو غير كافٍ.

(٣) أن يكون التوفيق ممكناً وأن يوفق والدعوى صحيحة.

الباب الثاني

في حق مرور الزمن

أنواع مرور الزمن:

إن مرور الزمن على نوعين:

النوع الأول ـ مرور الزمن الذي حكمه اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة، ولذلك فالدعوى التي تترك ستاً وثلاثين سنة بلا عذر لا تسمع مطلقاً حيث أن ترك الدعوى تلك المدة مع الاقتدار عليها وفقدان العذر يدل على عدم الحق. أن اعتبار نهاية مدة مرور الزمن ستا وثلاثين سنة مبني على المادة «٦٦١» «علي افندي ورد المحتار بزيادة».

النوع الثاني ـ مرور الزمن المعين من قبل السلطان: إن عدم استماع الدعوى في مرور الزمن الذي هو من هذا النوع مبني على المادة «١٨٠١» من المجلة فلذلك إذا تحقق في دعوى مرور زمن من هذا النوع وأمر من قبل السلطان باستماع تلك الدعوى فتسمع.

وللسلطان أن يمنع قاضياً من استماع الدعوى التي يقع فيها مرور زمن من هذا النوع وأن يأذن قاضياً آخر بسماع مثل هذه الدعوى ولذلك فالفتاوي التي افتي بها مشايخ الاسلام بعدم استماع الدعوى في مثل هذا النوع من مرور الزمن قد ذكر فيها بأنها لا تسمع بلا أمر «علي افندي».

إن هذا النهي هو في حق القاضي وليس في حق الحكم فلذلك إذا فصل الحكم دعوى مر عليها خمس عشرة سنة فصحيح وينفذ حكمه (الحموي) حتى لو أن شخصين عينا القاضي حكماً بفصل دعوى فللحكم المذكور أن يفصل تلك الدعوى ولو مر عليها خمس عشرة سنة (رد المحتار).

إن مرور الزمن لا يثبت حقاً: يعني أن العقود كالبيع والاجارة مع كونها مثبتة وموجدة لكل واحد من العاقدين منفعة ومضرة إلّا أن مرور الزمن لا يثبت حقاً للطرف الذي يريد الاستفادة منه. فلذلك إذا رد القاضي دعوى دائن بسبب وقوع مرور الزمن فيها يبقى المدعى عليه مديناً للمدعي ويكون قد هضم حق المدعي.

الدعاوى الممنوع استماعها:

١ ـ الدعاوى الواقع فيها مرور زمن وهي المبينة في هذا الباب.

٢ ـ دعوى المواضعة والاسم المستعار في الأموال الغير المنقولة.

٣ ـ قد منع بتاريخ ٢٧ جمادى الاخرى سنة ١٣٢٠ وفي ١٧ ايلول سنة ١٣١٨ دعاوى بيع وشراء العقار ما لم يكن البيع والشراء وقعا بمعاملة رسمية أي في دوائر التمليك «دفتر خاقاني».

٤ ـ قد منع سماع دعوى الرهن والشرط والوفاء والاستغلال غير المندرجة في السند بتاريخ ٢٨ رجب سنة ٩١ و٢٨ اغسطس سنة ٩٠.

٥ ـ قد منع بتاريخ ١٨ صفر سنة ٣٠٦ و١٢ تشرين الأول سنة ٣٠٤ سماع دعوى فراغ الأراضي الاميرية بشرط الاعاشة الغير المندرج بسند الطابو.

٦ ـ قد منع استماع دعوى فراغ المستغلات الموقوفة مجاناً بشرط الاعاشة الغير المندرج في سند التصرف.

٧ ـ قد منع في ٣٦ صفر سنة ٧٨ سماع دعوى الفراغ وفاه الذي لم يندرج في سند الطابو.

٨ ـ لا تسمع دعوى الخليط والشريك بحق الرجحان بعد خمس سنوات حسب قانون الأراضي.

٩ ـ إذا تفرغ متصرف الأرض بالاراضي الاميرية التي عليها ابنية أو اشجار لآخر فلا تسمع دعوى صاحب الابنية والاشجار بحق الرجحان بتلك الأراضي بعد مرور عشرة سنوات على الفراغ.

١٠ ـ إذا تفرغ أحد بالارض التي بتصرفه بموجب سند طابو الواقعة في حدود القرية لآخر من أهالي قرية أخرى فلمن كان له احتياج للأرض من أهالي تلك القرية أن يدعي تلك الأرض إلى سنة ببدل المثل ولا تسمع دعواه بعد مرور سنة حسب قانون الأراضي.

١١ ـ إن الاراضي الاميرية التي تصبح مملوكة كعدم وجود اصحاب انتقال لها لا تسمع فيها دعوى حق الطابو الذي يثبت لصاحب الابنية والاشجار في تلك الارض بعد مرور عشرة سنوات.

١٢ ـ كذلك لا تسمع دعوى حق الطابو بالأراضي المذكورة من الخليط والشريك بعد مرور خمس سنوات.

١٣ ـ كذلك لا تسمع دعوى حق الطابو في الأراضي المذكورة من الأشخاص المحتاجين للأراضي بعد مرور سنة.

١٤ ـ لا تسمع دعوى الربح الملزم زيادة عن تسعة في المائة سنوياً.

١٥ ـ إذا وجد بين ورثة المتوفي شخص لم يبلغ الخمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه البلوغ وقد منع حكام الشرع من استماع دعواه.

السنة التي تعتبر في مرور الزمن:

تعتبر في مرور الزمن السنة العربية أي القمرية وليست السنة الشمسية فلذلك يجب حساب مدة مرور الزمن بالسنة القمرية؛ مثلاً إذا كان السند المحتوي الدين مؤرخاً بتاريخ السنة الشمسية ولم يؤرخ بالسنة القمرية فيحسب مرور ذلك بالسنة القمرية.

مبدأ ومنتهى مرور الزمن:

إن مبدأ مرور الزمن يبتدئ من ثبوت الحق ومنتهاه إقامة الدعوى في حضور القاضي فلذلك يجب حساب مبدأه ومنتهاه على الوجه المشروح.

إذا اثبت من ادعى مرور الزمن مدعاه بالبينة فبها، أما إذا لم يثبت فهل له تحليف خصمه اليمين؟ أي إذا قال المدعى عليه: انني متصرف في هذا العقار ست عشرة سنة بلا نزاع وأنت سكت وأنكر المدعي تصرف المدعى عليه هذه المدة ولم يثبت المدعى عليه بالبينة تصرفه. هذا فهل للمدعى عليه أن يحلف خصمه اليمين على عدم العلم بتصرفه ست عشرة سنة؟ لم ار صراحة في هذه المسألة إلّا أن الفقهاء قد بينوا تحت قاعدة عمومية المسائل التي يجب فيها اليمين وهي:

كل موضع يلزم فيه الخصم إذا اقر يستحلف إذا انكر. ويستثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل ومرور الزمن ليس منها (صرة الفتاوى في الدعوى) فعلى ذلك يلزم اليمين في هذه المسألة حسب هذه القاعدة.

إن بينة مرور الزمن مرجحة.

ترجع بيّنة مرور الزمن على بيّنة أن المدة التي مرت أقل من مدة مرور الزمن سواء كان المدعى به ملكاً أو وقفاً أو أرضاً أميرية. مثلاً إذا ادعى ذو اليد بأن الملك العقار المدعى به هو في تصرفه بلا نزاع زيادة عن خمس عشرة سنة وأن دعوى المدعي غير مسموعة وادعى المدعي الخارج بأن مدة تصرف المدعى عليه هي عشر سنوات وأن دعواه مسموعة وأقام البيّنة على ذلك فترجح بيّنة ذي اليد (الطريقة الواضحة).

إذا أقام زيد على عمرو دعوى فادعى عمرو أنه مر خمس عشرة سنة وادعى زيد بأنه لم تمر خمس عشرة سنة وأقام البيّنة على ذلك فأيهما كان مشهوراً أو معروفاً يعمل بها. أما إذا أثبت زيد أنه قدم الدعوى قبل مرور خمس عشرة سنة فيعمل بها (أبو السعود)

وإن صدور الحكم بالمدعى به لا يمنع وقوع مرور الزمن فلذلك لو استحصل أحد حكماً بمطلوبه ولم يطلبه مدة خمس عشرة سنة ولم يضع أعلام الحكم لأجل تنفيذه في الإجراء يحصل مرور الزمن في حالة تصرف المدعى عليه بلا نزاع أما إذا كان معروفاً ومشهوراً أن تصرف المدعى عليه في ذلك العقار بالوكالة عن المدعي فلا يتحقق مرور الزمن.

مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً إن العقار الفلاني الذي في يدك هو ملكي وبعد أن أنكر المدعى

عليه ادعى أنه متصرف في العقار المذكور منذ خمس عشرة سنة بلا نزاع فأجابه المدعي: نعم انك متصرف منذ خمس عشرة ولكن أن تصرفك هذا بالوكالة عني وكان مشهورا ومعروفا أن تصرفه بالوكالة عن المدعي فيسقط ادعاء المدعي عليه بمرور الزمن. لأن التصرف كما يكون إصالة يكون نيابة كالوكالة (البحر وأبو السعود).

المادة (١٦٦٠) - (لا تسمع الدعاوى غير العائدة لأصل الوقف أو للعموم كالدين والوديعة والعقار الملك والميراث والمقاطعة في العقارات الموقوفة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد تركها خمس عشرة سنة).

لا تسمع الدعاوى غير العائدة لأصل الوقف أو للعموم كالدين ولو كان دية والوديعة والعارية والعقار الملك والملك الذي لم يكن عقاراً كالحيوان والأمتعة الأخرى والميراث والقصاص والمقاطعة في العقارات الموقوفة ودعوى التصرف بالمقاطعة ودعوى التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة.

أما مدة مرور الزمن في الدعاوى الأخرى كالطلاق والنكاح والوصية فالتفصيلات عنها مفقودة.

ولكن يمكن أن يقال إن الخصوصات التي لم يمنع استماع الدعاوى فيها بمرور الزمن يجب استماعها ما لم يقع مرور زمن اجتهادي.

مدد مرور الزمان. إن مدد مرور الزمن في الدعاوى الحقوقية في هذا الحال على خمسة أقسام:

القسم الأول - مرور زمن الست والثلاثين سنة، وهذا يكون في دعوى أصل الوقف وفي دعوى صاحب الأرض برقبة الأرض. أنظر المادة (١٦٦١) وشرح المادة (١٦٦٢).

القسم الثاني - مرور زمن الخمس عشر سنة، وهذا قد عدد قسم منه آنفاً وقسم منه مذكور في المادة (١٦٦٢).

القسم الثالث - مرور زمن العشر سنوات، وهذا مذكور في المادة (١٦٦٢).

القسم الرابع - مرور زمن السنتين، فحسب ذيل قانون الأراضي لا تسمع دعوى التصرف في الأراضي الخالية والمحلولة التي فوضت من طرف الحكومة للمهاجرين والتي زرعت منهم أو أنشئ عليها أبينة بعد مرور سنتين بلا عذر.

القسم الخامس - مرور زمن شهر. أنظر المادة (١٣٤).

ولنبحث الآن في تفصيل مدد مرور الزمن في الأمور المبينة آنفاً.

الدين - مثلاً لو ادعى أحد على آخر قائلاً: أطلب منك أن تؤدي لي كذا مبلغاً الذي أخذته قرضاً مني أو ثمن المبيع الذي بعته لك فلا تسمع دعواه.

ويفهم من ذكر الدين مطلقاً أنه يشمل جميع الديون سواء أكان عائداً للآحاد أي ديون أفراد الناس مع بعضهم البعض أو كان ديون بيت المال من الآحاد أو ديون الآحاد من بيت المال، ومرور خمس عشرة سنة على هذه الديون يحصل فيه مرور الزمن، فلذلك قد صدرت إرادة سنية بتاريخ ٢٠ المحرم سنة ١٣٠٠ وتشرين الثاني سنة ١٢٩٨ بعد سماع دعوى دين بيت المال بعد مرور خمس عشرة سنة.

الوديعة ـ إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: إنني أطلب منك الوديعة التي أودعتها لك قبل خمس عشرة سنة وأنكر المدعى عليه فلا تسمع الدعوى.

العارية ـ إذا توفت امرأة وادعت أمها على زوجها قائلة: إنني أعرت بنتي المتوفية كذا وكذا شيئاً وأنكر الزوج فلا تسمع دعواها.

الميراث ـ إذا ادعى أحد الورثة على آخر قائلاً: إنه قد بقي عندك كذا أشياء من مال مورثنا المتوفى قبل خمس عشرة سنة فأطلب حصتي من تلك الأشياء وأنكر المدعى عليه ذلك فلا تسمع دعواه.

العقار الملك ـ إذا ادعى أحد بأن العقار كالدار والكرم الذي في تصرف شخص آخر مدة خمس عشرة سنة بلا نزاع بأنه ملكه أو أن له حصة فيه فلا تسمع دعواه.

كذلك إذا تصرف اثنان بكرم مدة خمس عشرة بالاشتراك ولم يدعيا على بعضهما البعض في تلك المدة ثم ادعى أحدهما أن ذلك الكرم ملكه مستقلاً فلا تسمع دعواه.

المقاطعة في العقارات الموقوفة ـ المقاطعة وهي العقار الذي يكون عرصته وقفاً وتكون الأبنية والأشجار والكروم التي عليها العرصة ملكاً ويدفع من المتصرف فيها إجارة مقطوعة سنوياً لجانب الوقف وتسمى هذا أيضاً إجارة الأرض[1] ويجوز وقف هذا الملك أيضاً، يعني إذا وقف أحد بإذن المتولي البناء الذي أحدثه على العرصة الموقوفة أو الشجر الذي غرسه عليها لنفسه فيصح الوقف سواء كان موقوفاً على الجهة الموقوفة عليه العرصة الموقوفة أو وقف على جهة أخرى، لأنه وإن كانت جهة القرب مختلفة ألا أنهما يجتمعان في أصل القرب واختلاف الجهة لأوجب اختلاف الحكم (علي افندي).

ويمكن تصوير دعوى التصرف في العقارات الموقوفة بمقاطعة على أربعة أوجه:

الوجه الأول ـ أن يكون المدعى به ملكاً مثلاً لو ادعى أحد قائلاً: إن داري المملوكة المنشأة على عرصة الوقف الفلاني والمربوطة بكذا مبلغاً مقاطعة للوقف يتصرف بها هذا المدعى عليه منذ خمس عشرة سنة وحيث إنها ملكي فأطلب تسليمها فإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي هذه فلا تسمع دعواه وتكون هذه الدعوى دعوى العقار الملك.

---

(١) وهي الارض المحكرة (المعرب).

الوجه الثاني ـ يكون المدعى به وقفاً وهذا أما أن يكون بإجارة واحدة فلا يتصور فيه إقامة دعوى التصرف والدعوى التي تقام من متولي الوقف تكون عائدة إلى أصل الوقف ويكون مرور الزمن فيها ستاً وثلاثين سنة.

وأما أن تكون بإجارتين وهذه تدخل تحت فقرة (أو التصرف بالإجارتين).

الوجه الثالث ـ تكون صورة الدعوى على الوجه الآتي بربط كلمة التصرف بكلمة المقاطعة وهو أن يدعي زيد على عمرو قائلاً: إن عرصة هذا الوقف هي تحت التصرف بالمقاطعة بكذا درهماً. فإذا لم يمر خمس عشرة سنة فتسمع الدعوى وإلّا فلا. أما إذا ادعى أحد قائلاً: إن العرصة التي أخذتها من المتولي زيد هي للوقف الفلاني الذي أنا متول عليه وهي بتصرفك بمقاطعة وادعى أن العرصة ملكه وأنكر المقاطعة فبما أن هذه الدعوى في هذه الصورة تتعلق برقبة الوقف فتسمع الدعوى فيها إلى ستة وثلاثين سنة.

الوجه الرابع ـ إذا لم تربط كلمة تصرف بكلمة مقاطعة فتكون صورة الدعوى على هذا الوجه: إن العرصة الفلانية التي أخذتها من المتولي زيد التي هي من مستغلات الوقف الذي تحت توليتي هي تحت تصرفك وبما أنه يطلب للوقف منك كذا مبلغاً بدل مقاطعة فاطلب منك أداء ذلك. وحقيقة هذه الدعوى دعوى دين وتدخل في الدين فلذلك يجب أن يكون مقصوداً من عبارة (دعوى التصرف في العقارات الموقوفة بالمقاطعة) الوجه الثالث.

دعوى التصرف بالإجارتين في العقارات الموقوفة ـ تكون هذه الدعوى على وجهين:

الوجه الأول ـ تكون بين المتصرفين، مثلاً إذا تصرف أحد بالإجارتين في عقار وقف في مواجهة آخر خمس عشرة سنة وسكت بلا عذر هذه المدة ثم ادعى بعد ذلك أن العقار المذكور في تصرفه بالإجارتين قبل المدة المذكورة فلا تسمع دعواه كما أنه لا تسمع دعواه التصرف بعد مرور خمس عشرة سنة لا تسمع دعواه الفراغ وفاء (جامع الإجارتين).

كذلك إذا تصرف اثنان بالاشتراك في عقار وقف بالأجارتين مدة خمس عشرة سنة ولم يدع في هذه المدة أحدهما على الآخر وقام أحدهما وادعى على الآخربان ذلك العقار كان في تصرفه بالإجارتين قبل السنين المذكورة مستقلاً فلا تسمع دعواه.

الوجه الثاني ـ تكون بين المتصرف والمتولي، مثلاً إذا تصرف أحد في عقار وقف بطريق الإجارتين مدة خمس عشرة سنة في مواجهة متولي ذلك الوقف وسكت المتولي تلك المدة بلا عذر فإذا ادعى المتولي بعد ذلك قائلاً للمدعى عليه: أن العقار المذكور لم يؤجر لك وأنك ضبطت ذلك العقار فضولاً فلا تسمع دعواه.

دعوى التولية المشروطة ـ إذا تصرف أحد بوقف بصفته متول بالمشروطة مدة خمس عشرة سنة ثم ظهر شخص آخر وادعى بأن المتولي لذلك الوقف بالمشروطة هو نفسه لا تسمع دعواه.

والمتولي هو الشخص الذي عين بإدارة ورؤية أمور ومصالح الوقف حسب شروط الوقفية وهو على قسمين:

القسم الأول ـ المتولي الذي تكون توليته من اقتضاء شروط الوقفية ويقال له متول بالمشروطة.

القسم الثاني ـ المتولي الذي لم يشرط من طرف الواقف شرط بأن يكون متولياً بل هو متول بنصب القاضي له متولياً.

دعاوى الغلة ـ ومعنى غلة الوقف هي فائدة ومحصول الوقف كربح النقود الموقوفة وبدل إيجار العقار الموقوف ومحصول المزرعة الموقوفة وثمر الروضة الموقوفة. فعليه إذا تصرف عمرو بعد وفاته ولده بكر من أولاد أولاد الواقف في المزرعة الموقوفة المشروطة غلتها على أولاد الواقف وأولاد أولاده في مواجهة بشر أربعين سنة مستقلاً وسكت بشر هذه المدة بلا عذر وبعد ذلك ادعى بشر على بكر قائلاً في دعواه: إنني من أولاد الواقف وإن لي حق المشاركة في غلة المزرعة معك فلا تسمع دعواه (علي أفندي).

فإذا استمع القاضي الدعوى التي وقع فيها مرور زمن على هذا الوجه وحكم فيها فلا ينفذ حكمه لأن الحكم والقضاء المخالف لأمر أمام المسلمين المشروع مردود (جامع الإجارتين).

المادة (١٦٦١) ـ (تسمع دعوى المتولي والمرتزقة في حق أصل الوقف إلى ست وثلاثين سنة ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلاً إذا تصرف أحد في عقار على وجه الملكية ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف قائلاً: إن ذلك العقار هو من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه).

تسمع دعوى المتولي والمرتزقة في حق أصل الوقف إلى ست وثلاثين سنة وكل شيء يتعلق به صحة الوقف هو من أصل وكل شيء لا يتوقف عليه صحة الوقف هو من شروط الوقف (جامع الإجارتين).

والمتولي كما بيّنا آنفاً أما أن يكون بالمشروطة أو بنصب القاضي والدعوى صحيحة من أيهما كان.

المرتزقة ـ هم الذين يأخذون معاشاً وراتباً من غلة الوقف ويسمى هؤلاء أهل الوظائف أيضاً كإمام الجامع وخدمته.

يفهم من ظاهر المجلة بأن المرتزقة هم خصم في دعوى الوقف إلاّ أن هذه المسألة مختلف فيها بين الفقهاء وبيان ذلك. إن حق الدعوى في الأوقاف هو للمتولي عند بعض الفقهاء ولا يكون المرتزقة مدعين ومدعى عليهم في الوقف والقول المفتى به في ذلك الحين هو هذا القول. مثلاً إذا ادعى أحد على العقار الذي في يد آخر قائلاً: إن سكنى هذا العقار وغلته هي وقف مشروطة لي

وادعى ذو اليد بأن العقار المذكور ملكه فإذا كان ذلك المدعى هو متولي الوقف فتعتبر خصومته ودعواه وإذا كان غير ذلك فلا تعتبر على القول المختار (جامع الإجارتين والنتيجة والبحر في الدعوى والإسعاف ورد المحتار وأوائل الشهادة في الوقف).

أما إذا أولت هذه الفقرة (بأنه تسمع دعوى المرتزقة برأي القاضي فتكون موافقة للرأي المختار) مثلاً: إذا كان المتولي غائباً أو لم يدع كما أنه لم يوكل الموقوف عليه فتسمع دعوى الموقوف عليه بإذن القاضي.

وعند بعض الفقهاء أن للموقوف عليه أن يكون مدعياً في الأوقاف كما للمتولي حق بذلك فلذلك أذا كان الوقف على معين فدعوى الموقوف عليه المعين صحيحة (الحموي).

ويرى أن المجلة قد اختارت هذا القول.

واصل دعوى الوقف سواء كان عقاراً، وقد ذكر في المجلة، أو كان منقولاً كالنقود والدعاوى التي تتعلق بأصل النقود الموقوفة تسمع إلى ست وثلاثين سنة.

مثلاً إذا أتلف أحد كذا ديناراً من النقود الموقوفة التي تحت توليته بصرفها على نفسه ثم عين متول آخر على ذلك الوقف ولم يدع ذلك المتولي تلك النقود وبعد مرور خمس عشرة سنة نصب على الوقف متولٍ آخر وادعى على المتولي الأول بتلك النقود فليس للمتولي الأول أن يقول للمتولي لا تسمع دعواك حيث قد مر خمس عشرة سنة (علي أفندي).

أما الدعوى المتعلقة بربح النقود الموقوفة فتسمع إلى خمس عشرة سنة فقط. ولا تسمع دعوى المتولي والمرتزقة في حق أصل الوقف بعد مرور ست وثلاثين سنة، ومرور الزمن في ذلك هو مرور الزمن الذي هو حكم اجتهادي.

والدعوى في حق أصل الوقف على صورتين:

الصورة الأولى - تكون بين الملكية والوقفية. مثلاً إذا تصرف أحد في عقار ستاً وثلاثين سنة على وجه الملكية ثم ادعى متولي وقف قائلاً: أنه من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه.

أما إذا كانت المدة التي مرت أقل من ست وثلاثين سنة فتسمع الدعوى، فعليه لو ضبط أحد بضعة حوانيت وتصرف فيها على وجه الملكية مدة خمس وعشرين سنة ثم ادعى متولي وقف أن تلك الحوانيت هي وقف فلان فتسمع دعواه (علي أفندي).

الصورة الثانية - تكون بين وقفين، مثلاً لو أجر متولي وقف عقاراً على أنه من مستغلات الوقف الذي تحت توليته مدة ست وثلاثين سنة في مواجهة متولي وقف آخر وسكت متولي الوقف الثاني في هذه المدة بلا عذر ثم ادعى على متولي الوقف الأول أن العقار المذكور من مستغلات وقفه فلا تسمع دعواه.

المادة (١٦٦٢) - (إن كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب

في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وإن كانت في عقار الوقف فللمتولي أن يدعيها إلى ست وثلاثين سنة وكما لا تسمع دعاوى الأراضي الأميرية بعد مرور عشر سنوات كذلك لا تسمع دعاوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الأراضي الاميرية بعد أن تركت عشر سنوات).

إن كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة ويستعمل الطريق الخاص والمسيل في معنيين.

ويستعمل الطريق الخاص والمسيل في معنيين.

أولهما؛ بمعنى رقبة الطريق ورقبة المسيل، وقد مر في شرح المادتين (١٢١٣ و١١٤٣) تعريف الطريق الخاص كما أنه قد ذكر في المادة (١٢٢٠) بأنه كالملك المشترك لمن لهم فيه حق المرور. وقد ذكر في المادة (١٤٤) أن المسيل هو محل جريان الماء والسيل (الهندية في باب البيع الفاسد في قوله وبيع الطريق وهبته).

وعلى هذا المعنى إذا كان الطريق والمسيل لعقار الملك فمدة مرور الزمن فيهما خمس عشرة سنة وإذا كان العقار وقف فمدة مرور الزمن فيها ست وثلاثون سنة وقد ذكر ذلك في المادتين (١٦٦٠ و١٦٦١) فإذا كان يقصد في هذه المادة هذا المعنى فيكون تكراراً كما أن عبارة (في العقار الملك) مانعة من إرادة هذا المعنى. لأنه لا يصح أن يكون الشيء ظرفاً لنفسه.

ثانيهما ـ معنى حق المرور وحق المسيل وهذا المعنى مناسب لتعبير حق الشرب وإذا قصد هذا المعنى فلا يكون الكلام تأكيداً بل يكون تأسيساً والتأسيس أولى من التأكيد.

مثال للمعنى الثاني: إذا ادعى أحد بأن له حق مرور في العرصة التي في تصرف آخر مستقلاً مدة خمس عشرة سنة وأنه كان يمر منها قبل خمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه. وإذا كانت في العقارات الموقوفة فللمتولي أن يدعي ذلك لست وثلاثين سنة. مثلاً لو كان لحانوت وقف حق مسيل في عرصة موقوفة لجهة أخرى فلمتولي الوقف الأول أن يدعي على متولي الوقف الثاني إلى ست وثلاثين سنة وفي ذلك ثلاث صور.

الصورة الأولى ـ أن يكون حق الطريق واقعاً في العقارات الموقوفة وأن يكون العقار الذي يرجع إليه حق الطريق وقفاً وهو كما في المثال المذكور آنفاً.

الصورة الثانية ـ أن يكون حق الطريق واقعاً في عقارات موقوفة ويكون العقار الذي يرجع إليه حق الطريق ملكاً كادعاء أحد على متولي عرصة بقوله ان لداري الملك حق طريق في العرصة التي أنت متولي عليها ومدة مرور الزمن في هذه الدعوى على الظاهر هي خمس عشرة سنة تبعاً للعقار الملك التي هي عائدة إليه.

الصورة الثالثة ـ أن يكون حق الطريق واقعاً في العقارات المملوكة ويكون العقار الذي يرجع

إليه حق الطريق وقفاً كادعاء متولي وقف عقار على آخر بقوله أن للعقار الذي تحت توليتي حق مرور في العرصة التي هي ملكك ومدة مرور الزمن في هذه الدعوى على الظاهر ست وثلاثون سنة تبعاً للعقار الوقف التي هي عائدة إليه.

وكما أنه لا تسمع دعوى التصرف في الأراضي الأميرية بعد مرور عشر سنوات قمرية كذلك لا تسمع دعاوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الأراضي الأميرية بعد أن تركت عشر سنوات.

يوجد في هذه الفقرة أربع مسائل ويفصل كل منها على الوجه الآتي:

المسألة الأولى ـ دعاوى الأراضي الأميرية. والمقصد منها دعاوى التصرف في الأراضي الأميرية سواء كانت الأميرية أميرية صرفة أو أميرية موقوفة. مثلاً إذا تصرف أحد في مزرعة في الأراضي الأميرية عشر سنوات في مواجهة آخر وسكت ذلك الآخر تلك المدة بلا عذر فأقام الدعوى قائلاً: أن تلك المزرعة هي بتصرفي بموجب سند طابو قبل السنين المذكورة وأنكر المدعى عليه فلا تسمع دعواه.

وقد جاء في جامع الفصولين رجل تصرف في الأراضي الأميرية عشر سنين يثبت له حق القرار ولا تؤخذ من يده.

تكون دعوى التصرف في الأراضي الأميرية على صورتين:

الصورة الأولى ـ تكون بإقامة الدعوى من شخص على آخر وهو كما في المثال المتقدم الذكر.

الصورة الثانية ـ تكون بإقامة صاحب الأرض على شخص. مثلاً إذا ادعى صاحب الأرض الأراضي التي بتصرف أحد بموجب طابو بأنها محلولة من عهدة فلان أو أنها من الأراضي الأميرية الخالية وطلب ضبطها لبيت المال مبيناً أن تصرف المدعى عليه بها تصرف فضولي فأنكر المدعى عليه التصرف الفضولي وادعى تصرفه بها على كونها أراضي أميرية منذ عشر سنوات وأثبت مدعاه فلا تسمع دعوى صاحب الأرض أما إذا كانت المدة التي مرت أقل من عشر سنوات فتسمع الدعوى. مثلاً: لو ترك أحد دعواه على آخر المتعلقة بأرض مسجلة بالطابو تسع سنوات وأحد عشر شهراً فلا يمنع هذا الإهمال استماع دعواه كما أنه لو تركها تسع سنوات وأحد عشر شهراً فلا يمنع هذا الإهمال استماع دعواه كما أنه لو تركها تسع سنوات وأحد عشر شهراً وخمسة وعشرين يوماً بلا عذر ولم تتم العشر سنوات فتسمع دعواه.

كذلك لو تصرف أحد مع آخر في مزرعة من الأراضي الأميرية بالاشتراك السنوي عشر سنوات وسكت ذلك الشخص هذه المدة بلا عذر وادعى بعد مرور العشر سنوات بأن جميع المزرعة هي بتصرفه بموجب طابو فلا تسمع دعواه.

وقد صدرت إرادة سلطانية بتاريخ ٢٢ المحرم سنة ١٣٠٠ هـ و٢٢ تشرين الثاني سنة ١٢٩٨ بسماع دعوى مأمور الأرض المتعلقة برقبة الأرض الأميرية إلى ست وثلاثين سنة.

مثلاً. إذا تصرف احد في ارض على كونها ملكه فتسمع دعوى مأمور الاراضي بأنها اراضي اميرية الى ست وثلاثين سنة.

كذلك إذا ادعى صاحب الأرض بأن الأرض من الأراضي الأميرية وادعى المتولي ذي اليد بأنها وقف فتسمع دعوى صاحب الأرض إذا لم يمر ست وثلاثون سنة. أما إذا مر ست وثلاثون سنة فلا تسمع دعواه.

المسألة الثانية ـ دعاوى الطريق الخاص في الأراضي الأميرية. إذا ادعى أحد قائلاً: أن لمزرعتي التي تحت تصرفي بموجب طابو طريقاً خاصاً في المزرعة التي تحت تصرفك بموجب طابو فلا تسمع الدعوى فيها إذا مر عشر سنوات.

المسألة الثالثة ـ دعاوي المسيل في الأراضي الأميرية إذا ادعى أحد قائلاً: ان لهذه المزرعة التي تحت تصرفي بموجب طابو حق مسيل في المزرعة التي تحت تصرفك بموجب طابو فلا تسمع الدعوى فيها إذا مرت عشر سنوات.

أن الثلاثة الصور التي ذكرت في شرح الفقرة الثانية من المادة الآنفة تلاحظ في هاتين المسألتين.

المسألة الرابعة ـ دعاوى حق الشرب في الأراضي الأميرية، إذا ادعى أحد قائلاً: أن لهذه المزرعة التي تحت تصرفي بموجب طابو حق شرب في النهر الموجود في المزرعة التي تحت تصرفك بموجب طابو فلا تسمع الدعوى فيها إذا مرت عشر سنوات وإلا فتسمع.

المادة (١٦٦٣) ـ (والمعتبر في هذا الباب أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط وأما مرور الزمن الحاصل بأحد الأعذار الشرعية ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً سواءً كان له وصي أو لم يكن له أو كونه في ديار أخرى مدة السفر أو كان خصمه من المتغلبة فلا اعتبار له، فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر. مثلاً لا يعتبر الزمن الذي مر حال جنون أو عته أو صغر المدعي بل يعتبر مرور الزمن من تاريخ وصوله حد البلوغ. كذلك إذا كان لأحد مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمن تغلب خصمه وحصل مرور زمن لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى وإنما يعتبر مرور الزمن من تاريخ زوال التغلب).

والمعتبر في هذا الباب أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر. أما الزمن الذي مر بعذر شرعي ككون المدعي أي صاحب الحق صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً سواء كان له وصي أو لم يكن أو كان المدعي أو المدعى عليه في ديار أخرى مدة السفر أو كان خصمه أي المدعى عليه من المتغلبة فلا يعتبر، فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر (علي أفندي).

فعلى هذه الصورة لو كان لزيد حق ثابت في ذمة عمرو فتغيب عمرو بعد ثبوت ذلك الحق أربع عشرة سنة ثم حضر فمبدأ مرور الزمن يعتبر من تاريخ حضور عمرو فلو أقام زيد الدعوى بعد التاريخ المذكور بثلاث عشرة سنة تسمع دعواه.

والمدة التي تمر بأعذار كهذه لو بلغت أربعين أو خمسين سنة فتسمع الدعوى. لأن من المقرر أن الترك لا يتأتى من الغائب له أو عليه لعدم تأتي الجواب منه بالغيبة والعلة خشية التزوير ولا تتأتى بالغيبة الدعوى عليه (رد المحتار).

الأعذار الثلاثة، يطلق على الأعذار المبينة في هذه المادة الأعذار الثلاثة.

الأول ـ القاصرية وهو عبارة عن كون صاحب الحق صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً فالمدة التي تمر أثناء القاصرية لا تدخل في حساب مرور الزمن سواء بلغت حد مرور الزمن أو لم تبلغ.

مثلاً لو دامت القاصرية خمس سنوات وزالت في ابتداء السنة السادسة فيبتدئ مرور الزمن اعتباراً من السنة السادسة كما أنه لو دامت القاصرية خمس عشرة سنة وزالت في ابتداء السنة السادسة عشرة فيحسب مرور الزمن من ابتداء السنة السادسة عشرة. أما إذا بدأ مرور الزمن حينما لم تكن القاصرية موجودة وقبل اكتمال مرور الزمن حصلت القاصرية ثم زالت بعد مدة فهل يجب تنزيل المدة التي كان فيها في حالة القاصرية من مدة مرور الزمن؟ يعني مثلاً لو باع زيد وهو أهل للتصرف مالا لعمرو بعشرين ديناراً وبعد خمس سنوات طرأ على عمرو قاصرية دامت عشر سنوات ثم زالت ثم ادعى بعد زوال القاصرية بثماني سنوات فإذا نزلت من المدة مدة القاصرية فيكون مجموع المدة ثلاث عشرة سنة ويجب سماع الدعوى وفي حالة عدم تنزيلها تكون المدة ثلاثا وعشرين سنة ويجب عدم سماع الدعوى؟

إن هذه المسألة محتاجة للحل ومن الموافق استماع الدعوى لحين وجود مسألتها الصريحة.

الثاني ـ الغيبة؛ وهي أعم من غيبة المدعي أو المدعى عليه فالمدة التي تمر في حالة الغيبة سواء بلغت حد مرور الزمن أو لم تبلغ فلا تأثير لها في مرور الزمن إذا كان ثبوت الحق المدعى به في حالة الغياب.

مثال على كونه بالغاً مدة مرور الزمن: إذا كان لأحد في ذمة آخر حق وهو مقيم في ديار بعيدة مدة السفر وتحقق في ذمة الغائب بطريق البيع أو الإجارة أو الأقراض بطريق المكاتبة أو المراسلة أو باتلاف المال ولم يتمكن من الادعاء بمطلوبه ثم بعد مرور خمس عشرة سنة حضر ذلك الشخص ثم بعد مرور أربع عشرة سنة من حضوره أقام صاحب الحق عليه الدعوى فتسمع دعواه.

مثال على عدم بلوغ مدة مرور الزمن: إذا ثبت لأحد في ذمة آخر حق وهو مقيم في ديار أخرى بعيدة مدة السفر ودامت غيبة المدين مدة خمس سنوات إلا أنه حضر في ابتداء السنة السادسة

فبما أنه يبتدئ مرور الزمن من السنة السادسة فللمدعي أن يقيم الدعوى بعد تسع عشرة سنة اعتباراً من مبدأ ثبوت الحق.

يوجد بعض مسائل تحتاج للحل في عذر الغيبة:

١ ـ إذا بدأ مرور الزمن في عدم وجود الغيبة وقبل أن يتم مرور الزمن تخللته الغيبة ثم زالت الغيبة بعد مدة فهل يجب تنزيل مدة الغيبة من مرور الزمن أولا يجب؟ فالظاهر إذا يجب تنزيلها، يعني لو أقرض زيد لعمرو عشرة دنانير وسلمها إياه ثم أقام الإثنان في بلدة واحدة خمس سنوات ثم غاب عمرو وسافر إلى ديار بعيدة مدة السفر مدة عشر سنوات ثم حضر فادعى المدعي بعد حضوره باربع سنوات فإذا نزلت مدة الغيبة يكون مر تسع سنوات فقط وإذا لم تنزل يكون قد مر تسع عشرة سنة والظاهر أنه يجب تنزيل مدة الغيبة.

٢ ـ إذا كان للمدعى عليه الغائب وكيل بالخصومة أو نائب له. يعني لو وكل المدعى عليه قبل غيبته وكيلاً في الخصومة في الدعاوي التي تقام له أو عليه وكانت هذه الجهة معلومة للمدعي إلا أن المدعي لم يقم الدعوى لغيبة المدعى عليه فهل يقع مرور الزمن؟

بما أنه في حالة غيبة المدعى عليه لا يمكن فصل بعض الدعاوى كأن لا يوجد لدى المدعي شهود ويتوجه اليمين فيها على المدعى عليه فالظاهر بأنه لا يحصل مرور الزمن في هذه المسألة.

٣ ـ إذا كان للمدعي مطلوب في تركة وكان بعض الورثة غائباً وبعضهم حاضراً فلم يقم المدعي الدعوى على الحاضرين ورجع الغائب بعد مرور خمس عشرة سنة فأقام المدعي الدعوى عليه فهل يقع مرور الزمن؟ فالظاهر أنه لا يقع مرور زمن في حصة هذا الغائب.

الثالث ـ التغلب؛ وهو أن يكون المدعى عليه من المتغلبة فالمدة التي تمر في حالة التغلب سواء بلغت حد مرور الزمن أو لم تبلغ فلا تأثير لها على مرور الزمن ما دام ثبوت الحق كان في زمن التغلب.

مثال على بلوغ مدة مرور الزمن ـ إذا غصب أحد في حالة غلبه اغنام شخص آخر وامتد تغلبه خمس عشرة سنة وزال في السنة السادسة عشرة وادعى المدعي بعد مرور ثماني سنوات من تاريخ زوال التغلب فتسمع دعواه.

مثال على عدم بلوغ مدة مرور الزمن ـ لو غصب أحد في حالة تغلبه مزرعة آخر وامتد تغلبه خمس سنوات وزال تغلبه في السنة السادسة وادعى بعد ثماني سنوات من زوال التغلب فتسمع دعواه.

أما إذا ابتدأ مرور الزمن قبل وجود التغلب وتخلل ذلك التغلب قبل انقضاء مدة مرور الزمن ثم زاد التغلب بعد مدة فهل يجب تنزيل مدة التغلب؟. يعني مثلاً لو غصب أحد قبل أن يكون متغلباً عشرة دنانير من آخر ثم بعد مرور ثماني سنوات أصبح متغلباً ودام تغلبه سبع سنوات ثم زال

تغلبه فأقام المدعي بعد سنتين من زوال التغلب فإذا تنزلت مدة التغلب تكون الدعوى مسموعة وإذا لم تنزل فتكون غير مسموعة والظاهر أنه يجب تنزيلها.

قيل في المجلة (ككون المدعي صغيراً الخ) لأنه يوجد عذر رابع حيث إذا منع الزوج زوجته صاحبة الحق من اقامة الدعوى منعاً أكيداً ولم تدع من أجل ذلك فهذا العذر معدود عذراً شرعياً ولها اقامة الدعوى بعد زوال المنع ولا تعتبر المدة التي مرت أثناء المنع، إلا أنه يجب أن يثبت مع الزوج لها (على أفندي).

مثال على القاصرية ـ مثلاً يعتبر الزمن الذي مر حال جنون أو عته أو صغر أحد وإنما يعتبر من تاريخ وصوله إلى حد البلوغ أو تاريخ زوال الجنون أو العته ففي هذه الصورة لو بلغ الصغير ومر تسع سنوات فلا يمنع ذلك من سماع دعواه.

كذلك لو ترك المجنون أو المعتوه الدعوى تسع سنوات ونصفاً فلا يمنع ذلك من اسماع دعواه.

مثال لمدة السفر البعيدة ـ لو سافر أحد إلى ديار بعيدة مدة السفر ولم يدع دائنه بالعشرة الدنانير المطلوبة له من ذمة الغائب ثم عاد الغائب بعد أربع عشرة سنة وبعد عودته بثماني سنوات أقام صاحب الدين عليه الدعوى فليس للمدعى عليه أن يقول أن الدعوى غير مسموعة لمرور الزمن.

مثال للتغلب ـ كذلك إذا كان لرجل مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمن بترك الدعوى في الأرض الأميرية خمس عشرة سنة فلا يكون ذلك مانعاً لاستماع الدعوى وإنما يعتبر مرور الزمن من تاريخ زوال التغلب.

أما عدم العلم فليس من الاعذار الشرعية (فتاوى ابي السعود).

مثلاً لو ضبط أحد مزرعة من الأراضي الأميرية وتصرف بها مدة عشر سنوات في مواجهة آخر وسكت الآخر تلك المدة ثم ادعى بقوله إن المزرعة هي في تصرف والدي المدعي المتوفي بموجب طابو قبل السنين المذكورة وبوفاته قد انتقلت المزرعة المذكورة حصراً لي ولكن كنت أجهل بأن تلك المزرعة هي في تصرف والدي فلذلك لم أقم الدعوى قبلاً والآن علمت ذلك فادعى فلا تسمع دعواه.

والحكم على هذا المنوال في التصرف بالإجارتين. مثلاً لو تصرف أحد في دكان وقف بالإجارتين مدة عشرين سنة في مواجهة آخر وسكت المذكور تلك المدة بلا عذر ثم ادعى أن الدكان المذكورة هي لوالده المتوفي بكر وقد انتقلت إليه بالانتقال العادي وأنه سمع ذلك من بعض الناس إلا أنه كان يجهل أن الحال كما ذكر فلم يتقدم الدعوى وأنه يتقدم إليها الآن فلا تسمع دعواه (جامع الاجارتين).

ترجع بينة مرور الزمن الحاصل بعذر. مثلاً: لو ادعى طرف بأن مرور زمن حصل بعذر وأقام

البينة على ذلك وادعى الطرف الآخر بأنه وقع بغير عذر فترجح بينة كونه واقعاً بعذر.

المادة(١٦٦٤)- (مدة السفر هي ثلاثة أيام أي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل).

مدة السفر البعيدة هي ثلاثة أيام بالسير المعتدل أي راجلاً أو راكباً حيواناً سيراً متوسطاً مع الاستراحة المعتادة وهو في الأيام القصيرة ثلاثة أيام أي مسافة ثماني عشرة ساعة. فلذلك إذا وصل إلى بلدة بسير البريد [1] في يومين مع كونه يصل إليها بالسير المعتاد بثلاثة أيام فتعتبر أيضاً مسافة سفر.

كذلك إذا وصل إلى بلدة بالقطار بيوم واحد أو بأقل من يوم وكانت مسافتها بالسير المعتدل ثلاثة أيام فتعد البلدة المذكورة بعيدة مدة السفر (الفتاوى الجديدة).

إذا ذهب المدعى عليه إلى بلدة من البلاد الأجنبية وكانت بالنسبة إلى البلدة التي يوجد فيها المدعي غير بعيدة مدة السفر فحيث أنه لا يمكن للمدعي أن يذهب إلى البلدة التي يقيم فيها المدعى عليه لاستحصال حقه حسب الأحكام المشروعة فهل يعد ذلك عذراً في مرور الزمن؟ فالظهر أنه يعد عذراً.

المادة (١٦٦٥)- (إذا اجتمع ساكنا بلدتين بينهما مسافة سفر مرة واحدة في بلدة في كل بضعة سنوات ولم يدع أحدهما على الآخر شيئاً مع أن محاكمتهما كانت ممكنة وبعدها وجد مرور الزمن بهذا الوجه لا تسمع دعوى أحدهما على الآخر بتاريخ أقدم من المدة المذكورة).

ساكنا بلدتين بينهما مسافة سفر اجتمعا في بلدة وبتعبير آخر أن المدعي قد علم بعودة خصمه ولم يدع أحدهما على الآخر وكانت محاكمتهما ممكنة فبعد ما وجد مرور الزمن المعتبر في نوع المدعى به لا تسمع دعوى أحدهما على الآخر بتاريخ أقدم من المدة المذكورة. وبهذه الصورة لو تغيب عمرو بعد أن ثبت في ذمته حق لزيد مدة عشر سنوات وفي السنة الحادية عشرة اجتمع بزيد مرة واحدة وفي الثانية عشرة مرة أخرى وفي الثالثة عشرة مرة ثالثة فإذا مر خمس عشرة سنة على مبدأ ثبوت الحق فلا تسمع دعوى زيد. فعليه إذا أنكر المدعى عليه المدعى به وادعى أنه قد اجتمع بالمدعي بضعة مرات في ظرف الخمس عشرة سنة وأنه كان ممكناً جريان المحاكمة بينهما وأقر المدعي بذلك أو أنكر وأثبت المدعى عليه ذلك فلا تسمع دعواه.

وقد ذكر في فتاوي علي أفندي في هذا المقام عبارة (مرة في كل سنتين أو ثلاث سنوات)

---

(١) البريد هو الساعي ويقال لمسافة اثني عشر ميلاً أو ثلاث فراسخ بريد.

ويفهم من ظاهر هذه العبارة بأنه يجب التكرر في الاجتماع ولا يكفي اجتماع واحد وفي هذا الحال يجب حل أسئلة ثلاث.

١ ـ كم مرة يجب أن يتكرر هذا الاجتماع، بما أنه يكون الاجتماع الثاني تكررا فهل يكفي ذلك أو يجب تكرره ثلاث أو أربع مرات؟

٢ ـ ما هو السبب في اختلاف الحكم بين الاجتماع الواحد وبين الاجتماعين أو الأكثر؟

٣ ـ إذا غاب أحد الطرفين في محل سفر بعيد تسع سنوات واجتمع الطرفان في السنة العاشرة وبعد ذلك غاب أحدهما في ديار بعيدة مدة السفر مدة أربع سنوات ثم اجتمعا فبموجب المادة (١٦٦٣) يكون مرور التسع سنوات الأولى بعذر ومرور الزمن يبتدئ من بعدها ويجب استماع الدعوى في الاجتماع الثالث وفي هذا الحال تكون هذه المادة منافية لأحكام المادة (١٦٦٣)؟ وإذا أجيب على ذلك بأن المقصود من مرور الزمن في المادة (١٦٦٣) هو حد مرور زمن العشر سنوات أو الخمس عشرة سنة أو الست والثلاثين سنة التي تمت أما في هذه المسألة فالتسع سنوات الأولى لم تصل إلى حد مرور الزمن فلا يكون صحيحاً والحقيقة أن حكم هذه المادة مناف لحكم المادة (١٦٦٣) لأن مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى حسب المادة (١٦٦٣) هو مرور الزمن الواقع بلا عذر.

مثلاً: إذا تغيب عمرو بعد أن ثبت في ذمته حق لزيد مدة عشر سنوات واجتمع بزيد في السنة الحادية عشرة مرة وفي السنة الثانية عشرة مرة أخرى وفي السنة الثالثة عشرة مرة ثالثة ومر خمس عشرة سنة اعتباراً من مبدأ ثبوت الحق فحسب هذه المادة لا تسمع الدعوى والحال أنها تسمع بحسب المادة (١٦٦٣). لأن المانع من سماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر. وعلى ذلك فالعشر سنوات الأولى في المسألة الآنفة قد مرت بعذر.

ويرد إلى الخاطر أن يجاب على هذا السؤال الجواب الآتي وهو: إذا تكرر الاجتماع أثناء الغيبة فالغيبة الأولى لا تعد عذراً فلا تنزل من المدة. لأنه لو جرى تنزيل مدة الغيبة الأولى يجب تنزيل مدة الغيبة الثانية والثالثة والرابعة وما بعد ذلك وفي هذا الحال لا يتحقق في هذه الدعاوى مرور الزمن مطلقاً. (وهب أنه لا يتحقق إذ لا ضرورة لتحققه).

أما إذا لم يتكرر الاجتماع وكان الاجتماع واحداً فيجب تنزيل مدة الغيبة الأولى لأنه في هذه الصورة لا يوجد المحذور الذي بين.

المادة (١٦٦٦)ـ (إذا ادعى أحد على آخر خصوصاً في حضور القاضي في كل بضعة سنوات مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مانعاً من استماع الدعوى وأما الادعاء والمطالبة التي لم تكن في حضور القاضي فلا تدفع مرور الزمن: بناء عليه إذا ادعى أحد خصوصاً في غير مجلس

القاضي وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور زمن فلا تسمع دعواه).

إذا ادعى أحد على آخر خصوصاً في حضور القاضي وفي مواجهة الخصم الشرعي في كل بضعة سنوات مرة ولم تفصل دعواه وبقيت معطلة في المحاكم وحصل أثناء ذلك مرور الزمن المعين لذلك المدعى به كمرور خمس عشرة سنة في دعوى الدين فلا يمنع ذلك استماع الدعوى.

إلا أنه إذا بلغت المدة بين الدعويين إلى حد خمس عشرة سنة فيمنع ذلك استماع الدعوى. مثلاً إذا مرت بيني دعويي الدين مدة خمس عشرة سنة وبين دعويي الأراضي الأميرية عشر سنوات فيمنع ذلك سماع الدعوى. أما الادعاء والمطالبة التي لم تكن في حضور القاضي واللذان حصلا في مجالس الإدارة أو غرف التجارة أو نقابة الصناع أو غيرها مما لم يكن لها صلاحية الفصل والحكم في الدعوى فلا يدفع ذلك مرور الزمن، فعليه لو ادعى أحد بخصوص في غير حضور القاضي وحصل مرور الزمن المعين لنوع تلك الدعوى فلا تسمع دعوى المدعي.

أن تقديم الاستدعاء والمعروض للقاضي؛ ولو اقترن بأرسال ورقة جلب، لا يقطع مرور الزمن حسب الأحكام الفقهية.

وبتعبير آخر أن الاستدعاء الذي يقدمه المدعي للمحكمة بطلب الحكم له على خصمه بحقه وطلب جلب خصمه للمحكمة لا يقوم مقام الدعوى ولا يكفي لقطع مرور الزمن.

مثلاً لو قدم المدعي قبل أنتهاء مدة الخمس عشرة سنة بثمانية أيام استدعاء على هذا الوجه ودعا خصمه للمحاكمةوعند أنتهاء مدة الثمانية أيام ترافعا أمام القاضي فاذا كانت مدة الخمس عشرة سنة قد تمت يوم المرافعة في حضور القاضي فلا تسمع الدعوى ولو كانت مدة مرور الزمن لم تتم حين تقديم الاستدعاء أو وقت تبليغ جلب المحكمة لأنه كما هو مصرح في متن هذه المادة أن الذي يدفع مرور الزمن هو الدعوى، والدعوى حسب المادتين (١٦١٣ و١٦١٨) تقال للطلب الذي يقع في حضور القاضي وفي مواجهة الخصم وعليه فالطلب الذي لا يكون في مواجهة الخصم غير معدود من الدعوى.

المادة (١٦٦٧) - (يعتبر مرور الزمن من تاريخ وجود صلاحية الادعاء في المدعى به، فمرور الزمن في دعوى الدين المؤجل إنما يعتبر من حلول الأجل. لأنه ليس للمدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الأجل مثلاً لو ادعى احد على آخر بقوله: لي عليك كذا دراهم من ثمن الشيء الفلاني الذي بعتك إياه قبل خمس عشرة سنة. مؤجلاً لثلاث سنين تسمع دعواه، كذلك لا يعتبر مرور الزمن في دعوى البطن الثاني في الوقف المشروط للاولاد بطناً بعد بطن إلّا من تاريخ انقراض البطن الأول. لأنه ليس للبطن الثاني صلاحية

الدعوى ما دام للبطن الأول موجوداً. وكذلك يعتبرِ مبدأ مرور الزمن في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق من تاريخ موت احد الزوجين لأن المهر المؤجل لا يكون معجلاً إلّا بالطلاق أو الوفاة).

يعتبر مرور الزمن من تاريخ وجود صلاحية الادعاء في المدعى به وصلاحية اخذه، فمرور الزمن في دعوى الدين المؤجل إنما يعتبر من حلول الأجل. لأنه ليس للمدعي صلاحية دعوى واخذ ذلك الدين أو المطالبة به قبل حلول الأجل حتى أنه لايحبس المدين من أجل الدين المؤجل (رد المحتار).

إلّا أنه يجوز اثبات الدين المؤجل قبل حلول الأجل وبما أن الاثبات وإقامة البينة مشروط بسبق الدعوى بحكم المادة (١٦٩٦) فعلى هذه الصورة يجوز الادعاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل.

مثلا يصح لاحد أن يثبت مطلوبه من ذمة آخر المؤجل لخمسة أشهر مثلاً إلّا أنه يؤخر الاخذ والاستيفاء لحلول الأجل (الانقروي).

كذلك تقبل دعوى الزوجة باثبات مهرها المؤجل على زوجها (الهندية).

أما إذا لم يثبت المدعي الدين المؤجل بالبينة فلا يحلف المدعي عليه حلول الأجل على أظهر القولين حيث لم يكن للمدعي حق بالمطالبة والأخذ فلا يترتب على المدعى عليه اليمين في حالة انكاره.

مثلاً لو ادعى أحد على آخر بقوله: لي عليك كذا دراهم من ثمن الشيء الفلاني الذي بعتك إياه أو أجرته لك قبل خمس عشرة سنة مؤجلاً لثلاث سنين تسمع دعواه. لأنه لم يمر سوى اثنتي عشرة سنة من حلول الأجل والحالة أن دعوى الدين تسمع إلى خمس عشرة سنة. أنظر المادة (١٦٦٠).

كذلك لا يعتبر مرور الزمن في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروطة توليته وغلته للأولاد بطناً بعد بطن مثلاً لو شرط الواقف قائلاً: قد شرطت تولية وغلة وقفي لاولادي وأولاد اولادي بطناً بعد بطن فلا تسمع دعوى البطن الثاني إلّا من تاريخ انقراض البطن الأول فعلى هذه الصورة لو باع أحد اولاد الواقف من البطن الأول عقار الوقف لآخر وسلمه إياه وتصرف المشتري في ذلك العقار خمساً وثلاثين سنة وانقرض البطن الأول بالكلية ونصب أحد الأولاد من البطن الثاني متولياً وبعد مرور سنة أدعى العقار المذكور من المشتري على كونه وقفاً فتسمع دعاه حيث لم يمر على انقراض البطن الأول إلّا سنة واحدة والمدة التي مرت قبل ذلك لا تحسب في مرور الزمن حيث أنه ليس للبطن الثاني صلاحية الدعوى ما دام البطن الأول موجوداً لأن امثال هذا الوقف إذا كان البطن الأول موجوداً لا يعطي حصة لأولاد البطن الثاني ولا يكون لهم تولية كما أنه إذا كان البطن

الثاني، موجوداً فلا يعطي لأولاد البطن الثالث حصة ولا يكون لهم تولية على الوقف.

كذلك لو ضبط اجنبي تولية الوقف المشروطة لأولاد الواقف وأولاد اولاده بطناً بعد بطن في مواجهة أولاد الواقف من البطن الأول مدة أربع عشرة سنة وأنقرض البطن الأول فادعى أحد أولاد الواقف من البطن الثاني التولية المذكورة من ذلك الأجنبي فليس للاجنبي أن يدفع دعواه بقوله أن دعوى المدعي غير مسموعة لمرور خمس عشرة سنة.

سؤال ـ لو تصرف المشتري في مواجهة أولاد الواقف من البطن الأول خمساً وثلاثين سنة وتصرف سنة في مواجهة أولاد البطن الثاني فتبلغ مدة تصرفه ستاً وثلاثين سنة وبما أنه حسب المادة (١٦٧٠) لو ترك الدعوى الوارث مدة والموروث مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فيجب عدم استماع الدعوى؟

الجواب ـ أن توجيه التولية للبطن الثاني لم يكن بطريق الأرث بل هو بمقتضى شرط الواقف فاذا انتقلت التولية إلى البطن الثاني قبل تمام مدة مرور الزمن في مواجهة البطن الأول فللبطن الثاني حق الدعوى إلى انتهاء مدة مرور الزمن اعتباراً من تاريخ انتقال التولية له مع أن المدة التي تمر في زمن البطن الأول والبطن الثاني لا تضم إلى بعضها البعض إلّا أنه إذا بلغت المدة في زمن البطن الأول حد مرور الزمن ثم أنتقلت التولية إلى البطن الثاني فهل للبطن الثاني حق الدعوى؟ فنظراً إلى المثال الثاني وإلى دليله يجب أن يكون له حق الدعوى إلّا أن دليل الفقهاء لايثبت المسألة بالكلية فيجب العثور على صراحة المسألة والمناسب أن تستمع الدعوي لحين العثور على صراحتها.

مثلاً: لو تصرف أحد في عقار على وجه الملكية ستاً وثلاثين سنة في مواجهة البطن الأول فانقرض البطن الأول فتصرف أيضاً بالعقار المذكورستاً و ثلاثين سنة في مواجهة البطن الثاني ثم انقرض البطن الثاني فراجع البطن الثالث المحكمة وادعى عليه بأن تولية وغلة ذلك العقار مشروطة لأولاد الواقف بطناً بعد بطن وأنه وأن تصرف في العقار المذكور مدة اثنتين وستين سنة في مواجهة أولاد البطن الأول والبطن الثاني إلّا أنهما قد انقرضا وأصبحت تولية وغلة العقار المذكور عائدة له فهل تسمع دعواه؟ فاذا استمعت دعواه فلا يمكن أن يتحقق مرور زمن في نوع هذه الأوقاف.

وأن يكن بموجب المادة (١٦٧٥) لا يجرى مرور الزمن في بعض الدعاوى إلّا أن دعاوى التولية ليست من قبيل تلك الدعاوى (وقد ورد في البهجة في هامش كتاب الشهادة أنه إذا استمع زيد القاضي دعوى التولية المشروطة التي تركت أربعين سنة بلا عذر وحرر حجة بذلك فلا ينفذ حكمه ولا تعتبر حجته وأن يكن أنه يفهم من هذه الفتوى أنه إذا مر أربعون سنة على البطن الأول فلا تسمع دعوي البطن الأول إلّا أن هذه الفتوى لا تدل صراحة على عدم جواز استماع دعوي البطن الثاني.

وكذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو من تاريخ موت احد الزوجين. لأن المهر المؤجل لا يكون معجلاً إلّا بالطلاق أو الوفاة وقد بين بأنه يجوز اثبات المهر

المؤجل قبل حلول الأجل.

كذلك لو ادعى أحد الأراضي التي تحت يد آخر بقوله: ان هذه الأراضي هي بتصرفي فأجابه المدعى عليه بقوله انك تفرغت لي بهذه الأراضي قبل عشر سنوات باذن صاحب الأرض فاذا اثبت الفراغ له على هذا الوجه فيمنع المدعي من معارضته ولا يقال بأنه حيث لم يثبت التفرغ له باذن صاحب الأرض منذ عشر سنوات أنه وقع مرور زمن. لأنه لم يكن يوجد معارض له أثناء تصرفه بلا نزاع فهو غير مطالب باثبات الحق فلا يكون قد ترك الدعوى.

المادة (١٦٦٨) - (لا يعتبر مرور الزمن في دعوى الطلب من المفلس إلّا من تاريخ زوال الافلاس مثلاً لو ادعى أحد على من تمادى افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك بقوله بأنه قبل خمس عشرة سنة كان لي في ذمتك كذا دراهم من الجهة الفلانية ولم استطع الادعاء عليك لكونك كنت مفلساً من ذلك التاريخ ولاقتدارك الآن على أداءَ الدين ادعى عليك به تسمع دعواه).

لا يعتبر مرور الزمن في دعوى الطلب من المفلس إلّا من تاريخ زوال الافلاس لأنه لا يمكن استحصال المطلوب من الشخص المفلس كما أنه لا يحبس المدين الثابت افلاسه.

مثلاً لو ادعى أحد على من تمادي افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك بقوله: أنه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك من الجهة الفلانية كذا دراهم طلبي منك ولم استطع الادعاء عليك حيث كنت مفلساً من ذلك التاريخ وحيث أصبحت الآن قادراً على اداء الدين فأدعي عليك به تسمع دعواه.

أما إذا ثبت في ذمة أحد دين في حال يساره ثم افلس بعد ثماني سنوات ودام افلاسه ست سنوات وبعدها أصبح في حالة إيسار وبعد مرور سنة ادعى الدائن عليه فهل تسمع الدعوى بتنزيل مدة الأفلاس كالمدة التي تمر أثناء الصغر؟

المادة (١٦٦٩) - (إذا ترك أحد الدعوى بلا عذر على الوجه الآنف ووجد مرور الزمن فكما لا تسمع الدعوى في حياته لا تسمع من ورثته بعد مماته أيضاً).

أي إذا ادعى الورثة أن المال المدعى به هو موروث عن المورث، لأن الوارث يقوم مقام المورث بماله أو عليه وحيث أنه ليس للمورث حق الدعوى فليس للوارث أيضاً حق فيها.

مثلاً لو ادعى أحد على آخر قائلاً: ان لمورثي الذي توفي في هذه المدة كذا دراهم قد اقرضها لك قبل خمس عشرة سنة فأطلبها منك فلا تسمع دعواه.

والحكم في المسقفات الموقوفة والأراضي الأميرية على هذا الوجه مثلاً. لو ترك أحد دعواه المتعلقة بالأراضي الأميرية أو بالمسقفات الموقوفة بلا عذر على الوجه السالف الذكور ووجد مرور زمن فلا تسمع تلك الدعوى منه في حياته وكذلك لا تسمع من اصحاب حق الانتقال بعد وفاته.

مثلاً لو ادعى أحد قائلاً: أنك قد تصرفت بالاراضي الاميرية عشر سنوات بلا نزاع التي هي في تصرف مورثي بموجب طابو قبل تلك المدة وبوفاة والدي قد أنتقلت تلك الأراضي لي فلا تسمع دعواه.

المادة (١٦٧٠) ـ (إذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث أيضاً مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا تسمع).

تضم مدة ترك المورث والوارث والمنتقل منه والمنتقل إليه إلى بعضها فلذلك إذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث أيضاً مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا تسمع دعوى الوارث، مثلاً: لو ترك احد الدعوى بمطلوبه الذي في ذمة آخر مدة ثماني سنوات وترك بعد وفاته وارثه الدعوى سبع سنوات فلا تسمع الدعوى بعد ذلك.

كذلك لو ترك أحد مطلوبه الذي في ذمة آخر خمس سنوات ثم توفي وترك وارثه بالحصر ابنه الدعوى خمس سنوات أخرى ثم توفي وترك وارثه بالحصر بنته الدعوى خمس سنوات أيضاً ثم ادعت بعد ذلك فلا تسمع دعواها، كذلك لو ضبط احد روضة مدة عشر سنوات على وجه الملكية في مواجهة زيد وسكت زيد هذه المدة بلا عذر ثم توفي زيد وترك بنتاً فتصرف المذكور أيضاً في الروضةتسع سنوات في مواجهة البنت وسكتت تلك المدة بلا عذر فادعت البنت بأن الروضة المذكورة هي ملك لوالدها زيد وقد باعها لك وفاء فلا تسمع دعواها (علي أفندي).

كذلك اذا تصرف أحد مدة في عقار وقف بالاجارتين ثم توفي وتصرف فيه ورثته الذين من اصحاب الانتقال بالاجارتين وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا تسمع دعوى المدعى الذي سكت في تلك المدة بلا عذر. والاراضي الاميرية تقاس عليها.

المادة (١٦٧١) ـ (البائع والمشتري والواهب والموهوب له كالمورث والوارث.

مثلاً: إذا تصرف احد في عرصة مدة خمس عشرة سنة وسكت صاحب الدار المتصلة بتلك العرصة تلك المدة ثم باع الدار لآخر فاذا ادعى المشتري أن تلك العرصة هي طريق خاص للدار التي اشتراها فلا تسمغ دعواه. كذلك إذا سكت البائع مدة وسكت المشتري مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا تسمع دعوى المشتري).

البائع والمشتري والواهب والموهوب له كالمورث والوارث وبتعبير آخر تجري في حقهم أحكام المادتين (١٦٦٩ أو ١٦٧٠) السالفتي الذكر.

كذلك الفارغ والمفروغ له كالمنتقل منه والمنتقل إليه.

مثال للبائع والمشتري:

مثلاً: إذا تصرف أحد في عرصة ملك خمس عشرة سنة وسكت صاحب الدار المتصلة بتلك العرصة تلك المدة بلا عذر ثم باعها من آخر فإذا ادعى المشتري بأن تلك العرصة هي طريق خاص للدار التي اشتراها فلا تسمع دعواه كما لا تسمع في المادة (١٦٦٩).

كذلك إذا سكت البائع مدة وسكت المشتري مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا تسمع دعوى المشتري كما لا تسمع في المادة (١٦٧٠).

مثال للفارغ والمفروغ له في الأراضي الأميرية.

مثلاً إذا تصرف أحد في مزرعة عشر سنوات وسكت صاحب المزرعة المتصلة بالمزرعة المذكورة تلك المدة بلا عذر ثم تفرغ بمزرعته لآخر فإذا ادعى المتفرغ له أن تلك المزرعة هي طريق خاص للمزرعة التي تفرغت إليه فلا تسمع دعواه.

مثال للفارغ والمفروغ له في المسقفات الموقوفة.

مثلاً: لو تصرف أحد بالإجارتين مستقلاً في دار وقف في مواجهة بنته هند خمس عشرة سنة وسكنت هذه تلك المدة بلا عذر ثم توفي ذلك الشخص وترك هنداً المذكورة وبنته زينباً من زوجة أخرى وأرادت زينب أن تتصرف في تلك الدار بناء على الانتقال العادي مع هند بالسوية فإذا ادعت هند أن نصف الدار المذكورة قبل السنين المذكورة هي في تصرف والدتها خديجة بالإجارتين فانتقل النصف لها وأنه لذلك لها ثلاثة أرباع الدار فلا تسمع دعواها (جامع الإجارتين).

إذا ضم مدة تصرف الوارث والموروث والبائع والمشتري والواهب والموهوب له والفارغ والمفروغ له إلى بعضهما وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا يجوز إقامة الدعوى عليهم من آخر، مثلاً: إذا تصرف المورث في عقار ملك مدة ثماني سنوات وتصرف الوارث مدة ثماني سنوات أخرى بلا نزاع فإذا ادعى من سكت هذه المدة بلا عذر أن ذلك العقار هو ملكه فلا تسمع دعواه.

كذلك إذا تصرف البائع في عقار مدة تسع سنوات بلا نزاع ثم باعه لآخر وسلمه وتصرف المشتري ست سنوات بلا نزاع فإذا ظهر أحد وادعى على المشتري أن ذلك العقار ملكه فلا تسمع دعواه.

ويقاس الواهب والموهوب له على ذلك.

كذلك إذا تصرف أحد مدة ثماني سنوات بلا نزاع في عقار موقوف ثم أفرغه لآخر وتصرف المتفرغ له في ذلك مدة ثماني سنوات بلا نزاع فإذا ادعى من سكت بلا عذر في هاتين المادتين على

المتفرغ له بأن ذلك العقار تحت تصرف بالإجارتين فلا تسمع دعواه.

كذلك إذا تصرف أحد في مزرعة من الأراضي الأميرية ثماني سنوات بلا نزاع ثم توفي فتصرف من أصحاب الانتقال ولده في تلك المزرعة مدة سنتين بلا نزاع ثم ظهر شخص سكت في تينك المدتين بلا عذر وادعى على الولد قائلاً: إن تلك المزرعة في تصرفي فلا تسمع دعواه.

كذلك إذا تصرف أحد بلا نزاع في أرض أميرية تفرغ بها لآخر بإذن صاحب الأرض وتصرف المتفرغ له بها ثلاث سنوات ثم ظهر شخص وادعى على المتفرغ له بأن تلك المزرعة هي في تصرفه قبل تلك السنين فلا تسمع دعواه.

المادة (١٦٧٢) - (لو وجد مرور الزمن في حق بعض الورثة في دعوى مال الميت الذي هو عند آخر ولم يوجد في حق بعض الورثة لعذر كالصغر وادعى به وأثبته يحكم بحصته في المدعى به ولا يسري هذا الحكم إلى سائر الورثة).

يقبل مرور الزمن التجزئة فلذلك لو وجد مرور الزمن في حق بعض الورثة في دعوى مال الميت الذي هو عند آخر ولم يوجد في حق بعض الورثة لعذر كالصغر والجنون والعته والغيبة مدة السفر وادعى به وأثبته يحكم بحصته في المدعى به ولا يسري هذا الحكم إلى سائر الورثة.

مثلاً لو كان لأحد في ذمة آخر عشرة دنانير ثم توفي وترك ولدين أحدهما بالغ والآخر صغير في السنة الأولى من عمره ولم يدع ولده البالغ مدة ست عشرة سنة وعندما بلغ الولد الصغير أي بعد تاريخ وفاة والده بست عشرة سنة ادعى بحصته فللولد المذكور أن يأخذ حصته الخمسة دنانير وليس للولد الآخر أن يدعى بمشاركته فيما أخذه توفيقاً للمادة (١١٠١).

إذا كان المدعى به ديناً ولم يكن عيناً فالحكم على هذا المنوال أيضاً. فلذلك لو كان لرجلين بالغين مائة دينار في ذمة آخر ولم يمر الزمن في حق أحدهما بسبب وجوده في ديار بعيدة مدة السفر فادعى بمطلوبه وأثبته يحكم له بحصته في المدعى به ولا يسري هذا الحكم على حصة الشريك الآخر.

المادة (١٦٧٣) - (ليس لمن كان مقراً بكونه مستأجراً في عقار أن يملكه لمرور زمن أزيد من خمس عشرة سنة. وأما إذا كان منكراً وادعى المالك بأنه ملكي وكنت أجرتك إياه قبل سنين وما زلت أقبض أجرته فتسمع دعواه إن كان إيجاره معروفاً بين الناس وإلاّ فلا).

ليس لمن كان مقراً بكونه مستأجراً أو مستعيراً أو مستودعاً أو مرتهناً أو غاصباً أو مزارعاً أو مساقياً في عقار أن يملكه لمرور زمن أزيد من خمس عشرة سنة لأنه لا يسقط الحق بتقادم الزمان حسب المادة (١٦٧٤) كما أن مرور الزمن ووضع اليد على مال مدة طويلة ليست معدودة من

أسباب الملك كما أن الاستئجار هو مانع لدعوى التملك كما جاء في المادة (١٥٨٣).

وأما إذا كان ذلك الشخص منكراً كونه مستأجراً ذلك العقار وادعى المالك بأنه ملكي وكنت أجرتك إياه قبل سنين وما زلت أقبض أجرته ينظر فإذا كان إيجاره معروفاً بين الناس فتسمع دعواه وإذا كان غير معروف فلا تسمع والمعروف بضم العين من العرف والعرف هو ضد النكر[1].

ومعنى معروف حسب هذه الإيضاحات أي إذا كان معلوماً ولا يفيد هذا التعبير لزوم إثبات الإيجار بالتواتر والشهرة وعدم جواز إثباته ودفع مرور الزمن بالبيّنة العادية ومع ذلك لو اعتبر معنى معروف بمعنى مشهور هنا فالمشهور على قسمين، أحدهما أن يكون مشهوراً بالشهرة الحقيقية ويدعى ذلك بالتواتر، والآخر أن يكون مشهوراً شهرة حكمية والشهرة الحكمية تحصل بأخبار شهود بنصاب الشهادة على طريق الشهادة والاشتهار يطلق على العلم الذي يكون بالتواتر والشهرة أو بأخبار مخبرين عدلين أو بمخبر عدل (القهستاني).

وهل أن هذا الحكم الذي يجري في حال معروفية الإيجار بين الناس يجري أيضاً في الإعارة والإيداع أو الرهن المعروف بين الناس؟ فالظاهر أنه يجري. أنظر المادة (١٥٨٣).

والحكم على هذا المنوال أيضاً في المسقفات والمستغلات الموقوفة وفي الأراضي الأميرية فلذلك إذا تصرف أحد في عقار أكثر من ست وثلاثين سنة وادعى بعد ذلك متولي وقف قائلاً: إن هذا العقار هو من مستغلات الوقف الذي هو تحت توليتي وقد أجرتك إياه في المدة المذكورة وأنكر ذلك الشخص دعوى المتولي مدعياً ملكية ذلك العقار فينظر: فإذا كان معروفاً بين الناس أن العقار المذكور كان يؤجر من طرف الوقف لذلك الشخص فتسمع دعوى المتولي وإلاّ فلا.

كذلك إذا تصرف أحد في مزرعة من الأراضي الأميرية أكثر من عشر سنوات ثم ادعى شخص آخر قائلاً: إن تلك الأرض هي في تصرفي بموجب طابو وقد أجرتها لك المدة المذكورة وأنكر ذلك الشخص دعوى المدعي ينظر فإذا كان معروفاً بين الناس أن تلك الأرض قد أجرت لذلك الشخص فتسمع دعواه وإلاّ فلا.

المادة (١٦٧٤) - (لا يسقط الحق بتقادم الزمن بناء عليه إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن بالوجه الذي أدعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمن ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور القاضي وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا

(١) والمرسلات عرفاً اي ارسلنا للاحسان والمعروف، فإن ارسال ملائكة العذاب معروف للأنبياء (تفسير ابي السعود ومكيات ابي البقاء).

تسمع دعوى الإقرار. ولكن الإقرار الذي ادعى أنه كان قد ربط بسند حاوٍ لخط المدعى عليه المعروف سابقاً أو ختمه ولم يوجد مرور الزمن من تاريخ السند إلى وقت الدعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة).

لا يسقط الحق بتقادم الزمن ولو تقادم الزمن أحقاباً كثيرة وأن عدم استماع الدعوى بمرور الزمن المبين آنفاً مبني على الأمر السلطاني بسبب امتناع الحكام عن سماع الدعوى خوف وقوع التزوير لقطع الحيل والتزوير والأطماع الفاسدة الفاشية بين الناس أنظر شرح عنوان الباب الثاني.

فلذلك لو أقام أحد الدعوى بمطلوبه الذي هو على آخر بعد مرور خمس عشرة سنة ورد القاضي الدعوى بسبب مرور الزمن فيبقى المدين مديناً ديانة ولا يخلص من حق غرمائه ما لم يؤد دينه أو يرضي مدينه.

فلذلك إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمن ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه.

والإقرار أما أن يكون شفاهياً وقد بيّن وأما أن يكون بالإقرار بأن أمضاء أو ختم السند المبرز هو أمضاؤه أو ختمه ويقال لهذا الإقرار بالكتابة.

مثلاً إذا ادعى أحد ديناً من آخر مر عليه خمس عشرة سنة استناداً على سند معنون ومرسوم فأقر المدعى عليه الإمضاء والختم الذي في السند وادعى وجود مرور الزمن في الدعوى فيلزمه كما بين في المادة (١٦١٠) أن يؤدي المبلغ الذي يحتويه السند (الخانية في كتاب الدعوى).

وبما أنه لا يسقط الحق بمرور الزمن فلا يكفي أن يكون جواب المدعى عليه على دعوى المدعي بقوله: إن في الدعوى مرور زمن. أما لو أجاب المدعى عليه على دعوى الدين بأنني لست مديناً وفي دعوى العين: إن هذه العين لي وأضاف إلى ذلك الادعاء بمرور الزمن فيصح دفعه.

إن ذكر عبارة، في الحال، الواردة في هذه الفقرة هو لكونها وردت في فتاوى مشائخ الإسلام ولا يقصد بها الاحتراز من الإقرار بأن للمدعي حقاً عنده في الماضي فلذلك لو ادعى المدعى عليه بأن المال المدعى به كان قبل ثلاثين سنة للمدعي أو لمورثه وأنه اشتراه منه فيكون قد أقر بحق المدعي فلذلك إذا لم يثبت المدعى عليه الشراء وحلف المدعي اليمين عند تكليفه للحلف يسلم المدعى به للمدعي لأن من أقر بشيء لغيره أخذ بإقراره ولو كان في يده أحقاباً كثيرة لا تعد وهذا مما لا يتوقف فيه (الخيرية في الدعوى) والحكم في الدين هو على هذا المنوال فلو ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: أدِّ لي العشرين ديناراً التي أقرضتها لك قبل خمس عشرة سنة فإذا ادعى المدعى عليه أنه اقترض منه هذا المبلغ قبل خمس عشرة سنة إلاّ أنه قد أدى ذلك للمدعي فعليه إثبات ذلك فإذا عجز عن الإثبات وحلف المدعي على عدم استيفائه الدين فله أخذ ذلك المبلغ من المدعى عليه.

والمسقفات الموقوفة والأراضي الأميرية والموقوفة هي كالأملاك فلذلك لو ادعى أحد على عقار وقف بالإجارتين أو أرض أميرية جارية في تصرف آخر بلا نزاع مدة خمس عشرة سنة بأن العقار المذكور هو تحت تصرفه من الوقف المذكور أن الأرض تحت تصرفه وأجاب المدعى عليه بأن العقار المذكور أو الأرض المذكورة كانت تحت تصرفك إلّا أنك قد تفرغت بها لي قبل خمس عشرة سنة بإذن المتولى أو بإذن صاحب الأرض وإنني متصرف بذلك العقار أو تلك الأرض من ذلك الوقت فإذا أثبت المدعى عليه حصول الفراغ له أو نكل المدعي عن حلف اليمين تندفع دعوى المدعي أما إذا لم يثبت المدعى عليه الفراغ وحلف المدعي اليمين فيحكم على المدعى عليه بالرد.

إن هذه المسألة قد كتبها أمين الفتوى الأسبق (عمر حلمي أفندي) في كتاب الأوقاف بغير هذا الوجه إلّا أنه لما كان ما كتبه بهذه المسألة مخالفاً للشرع فهو غير معتبر.

وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور القاضي وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر وأنه لا يوجد مرور زمن اعتباراً من تاريخ الإقرار فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعوى الإقرار حيث إنه يوجد في هذه الصورة شبهة تزوير وتصنيع.

ولكن الإقرار الذي ادعى به كان قد ربط بسند حاوٍ لخط وختم المدعى عليه المعروف سابقاً بين التجار وأهل البلدة ولم يوجد مرور الزمن من تاريخ السند إلى وقت الدعوى ففي تلك الصورة تسمع دعوى الإقرار لأنه يثبت الإقرار في هذا الحال بريئاً من شبهة التزوير والتصنيع.

والإيضاحات عن كلمة وختمه قد مر ذكرها في المادة (١٦٠٩).

المادة (١٦٧٥) ـ (لا اعتبار لمرور الزمن في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام والنهر والمرعى مثلاً: لو ضبط أحد المرعى المخصوص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه أهل القرية تسمع دعواهم).

لأنه يوجد بين العامة قاصرون كالصغار والمجانين والمعتوهين ويوجد أيضاً غائبون وحيث لا يمكن إفراز حق هؤلاء من غيرهم فلذلك لا يجري في المحال التي يعود نفعها للعموم مرور الزمن: مثلاً أن لأهالي بغداد حق في الطريق العام الكائنة في دمشق.

فلذلك لو ضبط أحد المرعى المخصوص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه أهل القرية تسمع دعواهم.

أما إذا يكن المرعى عائداً للعموم أي عائداً لأهالي قرية أو قصبة أو عائداً لأهالي قرى أو قصبات متعددة بل كان عائداً لشخص مخصوص فإذا كان ملكاً فلا تسمع الدعوى فيه بعد خمس عشرة سنة وإذا كان من الأراضي الأميرية فلا تسمع الدعوى فيه بعد مرور عشر سنوات.

كذلك لو أخذ أحد مقدار من الطريق العام وألحقه بداره فإذا ادعى أحد العامة بعد مرور خمسين سنة وأثبت دعواه فله تفريغ الطريق.

والمقصود من النهر الوارد في المجلة هو النهر العائد لأهالي قرية أو قرى متعددة أما النهر المملوك لشخص فمرور الزمن فيه قد مر ذكره في المادة (١٦٦١).

تاريخ الإرادة السنية ٩ جمادي الأخرى سنة ١٢٩٣.

تم بألطافه تعالى كتاب الدعوى ويليه كتاب البينات والتحليف

خلاصة الباب الثاني

مرور الزمن

مرور الزمن في الدعاوى الحقوقية نوعان:

النوع الأول ـ اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة وهو (١) دعوى المتولي والمرتزقة في أصل الوقف (٢) دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في العقارات الموقوفة (٣) الدعاوى المتعلقة بأصل النقود الموقوفة (٤) العقار الراجع من الطريق إذا كان موقوفاً (٥) العقار الذي يرجع من طريق العقارات المملوكة (٦) دعاوى رقبة الأراضي الأميرية التي يقيمها مأمور الأراضي (تاريخ الإرادة السنية ١٢ محرم سنة ١٣٠٠).

النوع الثاني ـ المعين من طرف السلطان وهو خمس عشرة سنة بعضاً وذلك في:

(١) دعاوى الدين، الوديعة، العارية، العقار الملك، الميراث، القصاص، دعوى التولية والغلة في العقارات الموقوفة والمقاطعة والمشروط التصرف فيها بالإجارتين. أنظر شرح المادة (١٦٦٠).

(٢) الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في العقار الملك. مثلاً إذا كانت الطريق الراجعة من العقارات الموقوفة ملكاً.

وبعضاً عشر سنوات. وذلك في دعاوى التصرف في الأراضي الأميرية والطريق الخاص والمسيل وحق الشرب.

وبعضاً سنتان: وهي الأراضي الخالية والمحلولة التي فوضت من طرف الدولة للمهاجرين وزرعت من قبلهم وأنشئ عليها أبنية فلا تسمع الدعوى فيها بعد مرور سنتين.

وبعض أشهر.

والفرق بين مرور الزمن هو أنه في الأولى لا تسمع الدعوى مطلقاً وفي الثانية تسمع بأمر سلطاني.

مبدأ مرور الزمن - يبتدئ من صلاحية المدعي للادعاء بالمدعى به وأخذه ويحصل في الدين المؤجل بختام الأجل وفي المهر بالطلاق أو الوفاة وبالمطلوب من المفلس باكتساب المفلس اليسار.

الأعذار المانعة لجريان مرور الزمن: (١) القاصرية كالصغر والجنون والعته (٢) الغيبة كالإقامة في محل سفر بعيد (٣) التغلب (٤) ممانعة الزوج زوجته من المطالبة بحقها.

الكتابُ الخامِسُ عَشر

البَيِّنات وَالتحليفُ

الكتاب الخامس عشر

البيّنات والتحليف

بسم الله الرحمٰن الرَّحيم

الحمد لله الظاهر وجوده ووحدانيته وكماله بالبينات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الثابتة نبوته ورسالته بالحجج القاطعات، وعلى آله وأصحابه المجتهدين في الشرعيات، ولا حول ولا قوة إلا بالله العافي للتائبين والتائبات، عليه توكلي واعتمادي في كل الأزمان والأوقات.

الكتاب الخامس عشر

في حق البينات والتحليف ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب

البينات جمع بينة والبينة بوزن فعيلة مأخوذ من البيان أو من البين، والبيان بوزن أعيان وهو بمعنى الواضح والظاهر فيقال بان الشيء بياناً إذا اتضح. وبما أنه يفرق الحق من الباطل بها أطلق عليها البينة.

وذكر البينة بالجمع باعتبار أنواعها. فأحد أنواعها التواتر ونوعها الآخر البينة العادية.

ولا يصح أن يقال ان البينة ذكرت بصيغة الجمع لأن أحد نوعي البينة الشهادة الشرعية ونوعها الآخر البينة الكتابية. لأن البينة هي الشهادة الشرعية كما يفهم من شرح المادة الآتية وحيث أن قسماً من البينات التحريرية هو الإقرار بالكتابة فالتقسيم على هذا الوجه يكون باطلاً لأنه تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى قسيمه.

وبما أن البينة تقام على الدعوى فتلزم بعد الدعوى ولهذا السبب قد أوردت البينات بعد الدعوى وتعقيباً لها.

المقدمة

في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية

المادة (١٦٧٦) ـ (البينة هي الحجة القوية).

قد ذكر معنى البينة اللغوي وأما معناها الشرعي فهو: الحجة القوية.

ولفظ الحجة، بمقام التعريف الجنسي فكما أنها تشمل الشهادة فهي عامة تشمل الإقرار والنكول عن اليمين (الحموي).

ولفظ، قوية، بمثابة فصل التعريف فيخرج بذلك الإقرار والنكول عن اليمين.

الحكم تعليقاً على النكول عن اليمين ـ بما أن الحجج الشرعية هي عبارة عن البينة والإقرار والنكول عن اليمين فإذا حكم القاضي على الخصم المتمرد والمتواري غير الممكن إحضاره إلى مجلس القاضي حكماً معلقاً على نكوله عن اليمين فلا يكون هذا الحكم مستنداً إلى إحدى الحجج الشرعية المذكورة آنفاً ولا يصح.

واسم البينة الآخر الشهادة وقد عرفت في المادة (١٦٨٤) والتعريف المشهور بين الفقهاء هو المذكور في تلك المادة. لم يرد في أحد الكتب الفقهية المشهورة تعريف للبينة كالتعريف الذي ورد في هذه المادة. والمجلة تعرف البينة أو الشهادة على وجهين:

الأول: الحجة القوية، والثاني: هي الإخبار بلفظ الشهادة يعني بقول أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي ومواجهة الخصمين.

فكما أنه يطلق على شهادة الشاهدين اللذين يقامان لإثبات الإدعاء على هذا الوجه بينة كذلك يطلق عليها حجة إلاّ أن أسباب التسمية مختلفة فلكونها تشعر بصدق المدعي يطلق عليها بينة ولكون المدعي بتلك الشهادة يتغلب فيها على خصمه يطلق عليها حجة (الكليات).

إيضاح القوية والمتعدية. والمقصود من القوية المتعدية أي أنها باعتبارها متجاوزة وسارية على غير المحكوم والمشهود عليه أيضاً فهي قوية. وكون البينة حجة قوية ومتعدية هو لأن البينة لا تكون حجة إلا بحكم القاضي فإذا لم تتصل بحكم القاضي فلا تكون حجة وبما أن ولاية القاضي عامة فهي تسري وتتعدى على الكل (الدرر في الإقرار).

أما الإقرار فليس كذلك كما سيذكر قريباً.

توضيح عدم صيرورة البينة حجة إذا لم تتصل بحكم القاضي: إذا ادعى أحد خصوصاً ما من آخر وأقام المدعي شاهدين شهدا أمام القاضي شهادة موافقة للدعوى ثم لم يحكم في القضية وبقيت الدعوى على حالها ثم نصب قاض آخر فأقام المدعي الدعوى ثانية في الخصوص المذكور في حضور القاضي الثاني فأنكـر المدعى عليه الدعوى وأقام المدعي شاهدين فلم يشهدا بأصل المدعى به بل شهدا بأن شاهدين قد شهدا بذلك الخصوص في حضور القاضي الأول فلا تثبت الدعوى بتلك الشهادة. كما أنه لو وجد في محضر الدعوى الذي حرر من طرف القاضي الأول بحصول تلك الشهادة، وحتى أنه جرى تعديلها وتزكيتها فليس للقاضي الثاني أن يحكم بذلك. وقد جاء في الخانية أن محضراً ضاع من ديوان القاضي وفيه شهادة الشهود بحق والقاضي لا يذكر ذلك فشهد عنده كاتبان أن شهود هذا شهـدوا بكذا لا ينبغي أن يقضي القاضي بشهادتيهما لأن الكاتبين قد شهدا على شهادة الشهود والشهادة على الشهادة باطلة لا تقبل بدون التحمل.

تقسيم التعدية[1] ـ التعدية تنقسم إلى قسمين.

القسم الأول: التعدية على بعض الناس، وقد فصل ذلك شرحاً في المادتين (٧٨ و١٦٤٢).

ولنوضح هذه المسألة هنا بمثال آخر. لو أقام أحد الدعوى على آخر مدعياً أن المال الذي في يد المدعى عليه المتصل إليه شراء من آخر هو ماله وأثبت ذلك وحكم له به بعد الخلف فبهذا الحكم يكون المدعى عليه وبائعه محكوماً بذلك الحكم حتى لو أن المدعى عليه المحكوم طلب الرجوع بثمن المبيع على بائعه فليس للبائع أن يثبت أن المال المذكور ماله، والمشتري يتمكن بهذا الحكم من استرجاع الثمن الذي دفعه من بائعه. لأن الحكم الذي وقع على المشتري قد وقع أيضاً على البائع وعليه فالحكم المذكور يسري على ذي اليد وعلى الأشخاص الذين تلقى ذو اليد الملك عنهم وهو البائع لذي اليد والبائع له فيسري الحكم على جميعهم ولا يسري هذا الحكم على غير ذي اليد أو غير من تلقي الملك عنهم، لأن كون المال لغير ذي اليد لا يمنع أن يكون ملكاً لغيره. لأنه إذا كان الملك معدوماً في حق شخص يجوز أن يكون موجوداً في حق شخص آخر (الحموي والأشباه).

وقد ذكر في شرح المادة (١٦١٨) بعض الأحكام المتعدية.

القسم الثاني: التعدية على كافة الناس؛ وهي المسائل الست الآتية:

(١) الوكالة (٢) الحرية الأصلية (٣) النكاح (٤) النسب (٥) ولاء العتاقة (٦) الوقف عند بعض الفقهاء.

الوكالة ـ إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: ان لموكلي فلان بن فلان في ذمتك ثلاثين

---

(١) التعدي مجاوزة الشيء الى غيره يقال عديته فتعدى إذا تجاوز.

ديناراً وقد وكلني باستيفاء حقوقه من جميع الناس ووكلني بالخصومة وأثبت وكالته على هذا الوجه وحكم بثبوت الوكالة فالحكم بذلك يكون على كافة الناس. لأنه قد ادعى على ذلك الشخص حقاً بسبب تلك الوكالة وأثبت على ذلك الشخص ذلك السبب فيكون ذلك إثباتاً على كافة الناس. وعليه فإذا ادعى بعد ذلك على شخص آخر بحق لموكله فلا يكلف لإثبات الوكالة بإقامة الشهود (الحموي).

الحرية الأصلية ـ والحكم بالحرية الأصلية هو حكم على كافة الناس فلذلك لو ادعى أحد بعد هذا الحكم على ذلك الشخص قائلاً: إن هذا الشخص هو عبدي لا تسمع دعواه. لأن الحرية الأصلية تثبت الولاء والأهلية للشهادة فتثبت أحكام متعدية وبما أنه في تلك الدعاوى يقوم بعض الناس خصماً عن البعض الآخر فالحكم بذلك هو حكم بالأحكام المذكورة فالقضاء بالحرية الأصلية يتعدى على الكل. لأن القضاء بالحرية الأصلية هو حكم بعدم الرق فإذا انعدم الرق في حق شخص ما فينعدم في حق كل الناس (الحموي).

النكاح ـ إذا ادعى أحد قائلاً: ان هذه المرأة زوجتي وأثبت ذلك وحكم القاضي بذلك فيسري هذا الحكم على كافة الناس ولا تسمع بعد ذلك دعوى أي شخص بتاريخ مؤخر بأن تلك المرأة زوجته.

النسب ـ إذا ثبت النسب بالبينة وحكم به فهذا الحكم يسري على جميع الناس ويكون جميع الناس محكوماً عليهم بذلك فلا تسمع بعد ذلك لأحد دعوى خلاف ذلك ولا تقبل شهادة.

الوقف ـ قد اختلف في حكم الوقف هل يسري على جزء أو كل الناس والقول الصحيح والمفتى به هو أن الحكم بالوقف ليس حكماً على كل الناس فلذلك تسمع فيه دعوى الملك أو دعوى الوقف الآخر (الحموي).

قاصرية الإقرار ـ فعلى المعنى الذي جرى تفصيله فالإقرار حجة قاصرة وغير قوية لأن ولاية المقر مقصورة على نفسه وليس له ولاية على الغير كالقاضي كما أن حجية الإقرار لا تفتقر للقضاء كحجية البينة (الدرر في الإقرار).

مثلاً لو ادعى أحد خصوصاً ما في حضور القاضي وأقر المدعى عليه وانفصل القاضي من القضاء قبل الحكم ونصب قاض آخر وأقام المدعي عين الدعوى في حضور القاضي الثاني وأنكر المدعى عليه المدعى به فإذا أثبت المدعي وقوع إقرار المدعى عليه في حضور القاضي الأول صح ويحكم القاضي بإقراره الثابت في حضور القاضي الأول (وقد جاء في الخانية ضاع سجل من ديوان القاضي فشهد كاتباه عنده أن هذا أقر عندك لهذا بكذا فإن القاضي يقبل بذلك لأنهما شهدا على إقرار الخصم فجازت شهادتهما).

مع أن الشهادة ليست كذلك والشهادة باعتبار التعدية فوق الإقرار أما الإقرار باعتبار آخر فهو فوق الشهادة وهو: أن الإقرار فوق الشهادة بسبب عدم وجود التهمة فيه والشهادة بالنسبة له

ضعيفة انظر شرح المادة (٧٨) (تكملة الفتح في الإقرار).

المادة (١٦٧٧) ـ (التواتر هو خبر جماعة لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب).

التواتر بوزن التفاعل واسم فاعله متواتر. وهو لغة ظهور الأمور المتعـددة عقب بعضها البعض ويقال لقطر الجمال بعضها وراء بعض تواتر الإبل. ومعناه الشرعي هو خبر جماعة مستند على الحس لا يجوز العقل ولا يتوهم اتفاقهم واجتماعهم على الكذب كالأخبار عن البلدان النائية وعن الأمم الخالية (فصول البدائع).

إيضاح القيود: لا يجوز العقل ـ يفهم من هذا التعبير أن أخبار جمع غير محصور يحتمل اتفاقه على الكذب لغرض من الأغراض لا يعد تواتراً.

جماعة ـ ويحترز بهذا التعبير من الخبر الواحد والمشهور لأنهما ليس بتواتر والمقصود من الخبر المشهور هو الخبر المشهور بشهرة حكمية ويطلق على خبر نصاب الشهادة انظر شرح المادة (١٦٨٨) أما المشهور بشهرة حقيقية فهو التواتر.

مستند على الحس ـ يشترط أن يكون الخبر المذكور مستنداً على الحس سواء كان حساً سمعياً أو خلافه فلذلك إذا اخبر جمع غير محصور بشيء غير مستند على حس فلا يكون تواتراً حتى أن اتفاق أهل اقليم على مسألة لا يكون تواتراً ولا يحصل لنا بذلك علم يقين بل يلزم البرهان للعلم بتلك المسألة العقلية (تغيير التنقيح وابن كمال).

خبر ـ ويدل هذا اللفظ أن التواتر بمعناه الشرعي ليس مصدراً بل هو اسم. والخبر لاجل ذاته يعني من غير نظر إلى المخبر والمادة؛ الكلام القابل والمحتمل الصدق والكذب. وهو على قسمين بنسبة ما يعرض له.

القسم الأول: مقطوع الصدق وهو (أولاً) الخبر الصادق كخبر ذي الجلال والنبي (ﷺ) (ثانياً) المتواتر (ثالثاً) الضروريات كالواحد نصف الاثنين (رابعاً) المعلوم استدلالاً كقول أهل السنة العالم حادث.

القسم الثاني: مقطوع الكذب وهو (أولاً) المعلوم خلافه ضرورة كالقول السماء تحتنا والأرض فوقنا[1] (ثانياً) المعلوم خلافه استدلالاً كقول الفلاسفة العالم قديم (الكليات).

المادة (١٦٧٨) ـ (الملك المطلق هو الذي لم يقيد بأحـد أسباب الملك كالارث والشراء وأما الملك الذي يقيد بأحد هـذه الأسباب فيقال له الملك بسبب).

---

(١) أن كلمة فوق وتحت هي أمر اضافي فنظر إلى مكان القائل وعد قوله كذباً محضاً.

الملك المطلق هو الذي لم يقيد بأحد أسباب الملك كالارث والشراء من شخص معين والاتهاب أما الملك الذي يقيد بمثل هذه الأسباب فيقال له الملك بسبب والملك المقيد.

مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: ان هذا المال مالي والمدعى عليه واضع اليد عليه بغير حق فاطلب أخذه منه فيكون قد ادعى ملكاً مطلقاً. أما إذا ادعى قائلاً: ان هذا المال مالي قد اشتريته من فلان بن فلان أو أن فلاناً وهبني اياه أو تصدق به علي وسلمني إياه أو أنه موروث لي من والدي فلان فأطلب أخذه منه فيكون قد ادعى ملكاً مقيداً.

إيضاح القيود:

الأرث - إذا قيد الملك بالأرث يكون الملك بسبب كما ذكره صاحب الكنز. وقد قبلت المجلة هذا القول والمشهور والمقبول عند صاحب الفتح أن دعوى الأرث هي دعوى الملك المطلق.

الشراء - قد ذكر الشراء مطلقاً هنا إلّا أنه عند بعض الفقهاء إذا ذكر المشتري منه المعين فحينئذ يكون ملكاً بسبب أنظر المادة (١٧١٠) كقول المدعى أن هذا المال مالي قد اشتريته من زيد بن بكر بن بشر. اما لو قال اشتريته أو قال اشتريته من زيد وكان زيد غير معروف فتكون دعواه دعوى الملك المطلق (رد المختار والشبلي).

الفرق - يوجد بين الملك المطلق والملك المقيد فرق من جهة الماهية كما أنه يوجد أيضاً فرق من جهة الحكم. فالملك المطلق في العين أكثر من الملك المقيد وأزيد لان الملك المطلق ثابت من اصله فاذا ادعى المدعي الملك المطلق واثبته يستحق زوائد ذلك الملك أيضاً. أما إذا ادعى الملك بسبب واثبته فثبوته مقتصر على وقت السبب فلا يستحق زوائده الحاصلة قبل اسبب المذكور كما يفهم ذلك من المادة (١٧١٠) (الدر المختار ورد المحتار والزيلعي).

وهذا الفرق هو مخصوص بالعين أما الدين فحيث لا يتحمل الزوائد فليس من فرق في الدين بين الملك المطلق وبين الملك المقيد أنظر المادة (١٧١٠).

المادة (١٦٧٩) - (ذو اليد هو الواضع اليد على عين بالفعل أو الذي يثبت تصرفه تصرف الملاك).

ذو اليد لغة صاحب اليد. وشرعاً هو الواضع اليد على عين بالفعل حال المحاكمة أو قبل المحاكمة أو الذي يثبت تصرفه في عين انتفاعه منها تصرف الملاك (القهستاني في الدعوى).

ووضع اليد فعلاً يكون في المنقول كالساعة في الجيب وكالثياب الملبوسة كالحيوان المركوب.

والتصرف تصرف الملاك يكون في المنقول وفي العقار أيضاً كزرع المزرعة والسكنى في البيت والبناء في العرصة وقطع الشجر من الغابة والركوب على الحيوان وأخذ لبنه. وذو اليد على الدار هو الساكن فيها وليس من بيده مفتاح أحد غرفها.

وتصرف الملاك هو التصرف الذي يتوقف نفاذه أو حله، إذا كان ملكاً، على أن يكون المحل الذي أوقع فيه التصرف ملك المباشر إذا كان المباشر والمتصرف أجرى ذلك التصرف اصالة كتعمير الأبنية أو هدمها أو اسكان آخر فيها ولو بلا أجر أو تشييدها أو سكناه فيها بالذات أو وضع أشياءه فيها إذا كانت ابنية وإذا كان حيواناً الركوب عليه وأخذ لبنه وإذا كانت ارضاً زراعتها و اسقاء الزرع الذي فيها أو حصده وإذا كان ثياباً لبسها وقد مر مثل هذا التعبير في المواد (٣١٢ و٣٢٥ و٣٥٩ و١٦٥٩).

فالمقيم في الدار والزارع الأرض واللابس الثياب والراكب الفرس والواضع الساعة في جيبه هو ذو اليد وليس المقصود بذي اليد ولا سيما حال المحاكمة الواضع اليد على الشيء أثناء المرافعة والمخاصمة بل هو ذو اليد على الشيء سواء كان أثناء المحاكمة أو قبل ذلك؛ مثلاً إذا احدث أحد يده على عقار كان ذا اليد عليه آخر فلا يكون ذلك الشخص بأحداث يده واضع اليد بحق على ذلك العقار، كذلك لو أخذ احد المال الذي في يد آخر على كونه ملكه فلا يكون بذلك ذا اليد على ذلك المال بل يعتبر خارجاً وتقبل منه البينة على أن المال المذكور له (القهستاني في الدعوى والتكملة على البحر).

فلذلك إذا غصب أحد ارضاً وزرعها فادعى آخر بأن تلك الأرض له وأن ذلك الشخص غصبها منه وأثبت الغصب وأحداث اليد بالبينة فيكون الغاصب خارجاً والمدعي ذا اليد. أما إذا لم يثبت المدعي الغصب واحداث اليد فالزارع ذو اليد والمدعي هو الخارج.

وقد جاء في تكملة رد المحتار لو كان بيده عقار فأحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذا يد فلو ادعى عليه أنك احدثت اليد وكان بيده فأنكر يحلف وبه علم أن اليد الظاهرة لا اعتبار لها.

فلذلك إذا كان احد متصرفاً في مال ولم يتصرف به الآخر مطلقاً فالمتصرف هو ذو اليد ويعتبر الآخر خارجاً.

أما إذا تصرف شخصان في مال ففي ذلك صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون تصرفهما متساوياً وفي هذا الحال يكون الإثنان ذو اليد. مثلاً إذا ركب اثنان على سرج حيوان وادعى كل منهما بأنه ذو اليد مستقلاً فيعد الاثنان ذو اليد بالاشتراك، كذلك إذا ركب اثنان على حيوان عار فالحكم حسب الوجه المشروح؛ كذلك إذا كان طرف الثياب في يد أحد وطرفها الآخر في يد آخر وادعى كلاهما وضاعة اليد مستقلاً فيعتبر الاثنان ذوا اليد على تلك الثياب مناصفة ومشاركة ولو كان أحدهما قابضاً على أكثر من نصفها لأنه قد ثبتت يد الاثنين على تلك الثياب ولا يكون الترجيح بكثرة الدليل (الدرر) أنظر شرح المادة (١٣ أو المادة١٧٣٢) وشرحها.

الصورة الثانية: أن لا يكون تصرفهما متساوياً وهذا يكون على وجهين.

الوجه الأول: أن يكون تصرف أحدهما أظهر وأقوى من تصرف الآخر فلذلك إذا تصرف

اثنان في مال وادعى كل منهما أنه الواضع اليد المستقل على ذلك المال فيعتبر الذي تصرفه أظهر وأقوى على ذلك المال ذا اليد ويعتبر الآخر خارجاً.

مثلاً لو امسك أحد طرف الثياب وكان الآخر لابسها فيعد اللابس ذا اليد والآخر خارجاً كذلك إذا كان أحدهما راكب الفرس والآخر قابضاً زمامها فيعد الراكب ذا اليد والقابض الزمام خارجاً حيث أن تصرف لابس الثياب وراكب الفرس أظهر وأقوى من تصرف الآخرين حيث أن التصرف المذكور خاص بالملك ففي هذا الحال إذا اقام الاثنان البينة على الملكية ترجح حسب المادة (١٧٥٧) بينة الخارج وأما إذا لم يقم أحدهما البينة يترك المال بقضاء الترك في يد ذي اليد ولا يترك قضاء بالاستحقاق فلذلك إذا استطاع الخارج أن يقيم بينة بأن المال المدعى به هو ملكه فيحكم له بذلك المال بقضاء الاستحقاق أنظر المادة (١٧٨٦) وشرحها (الدرر والشرنبلالي).

الوجه الثاني: أن يكون تصرف أحدهما أكثر من تصرف الآخر. أي أن يكون تصرف أحدهما أكثر من تصرف الآخر حال كون الاثنين متصرفين به فيعتبر في هذا الحال أن المتصرف في الأكثر ذو اليد والآخر خارجاً. مثلاً لو كان لاحد حمل محملاً على دابة وكان لآخر آنية معلقة على تلك الدابة فيعتبر صاحب الحمل ذا اليد على الدابة ويعتبر الآخر خارجاً (الدرر) والتصرف في نفس الحيوان أكثر في هذا المثال أما مسألة الثياب التي ورد ذكرها في الوجه الأول فالكثرة لم تكن في نفس التصرف فلذلك ليس من منافاة بين المسألتين وسيوضح في المادة (١٧٥٤) بعض إيضاحات تتعلق بوضاعة اليد.

تحقق وضاعة اليد. تثبت وضاعة اليد بالبينة كما أنه إذا كان النزاع الدائر على وضع اليد متعلقاً بالمنقول فيعلم ذو اليد أيضاً عند القاضي بالرؤية كما أنه يعلم ذو اليد في المنقول بالاقرار أيضاً. فعلى ذلك إذا تنازع اثنان على وضاعة اليد على شيء وادعى أحدهما بأنه تحت يده منذ شهر وادعى الآخر أنه تحت يده منذ ساعة وأقاما البينة فيترك المال في يد صاحب البينة الثانية كما أنه لو ادعى أحدهما أن ذلك الشيء تحت يده منذ شهر وادعى الآخر أنه تحت يده منذ يوم الجمعة الماضية فتعتبر بينة صاحب الجمعة (الخانية).

المادة (١٦٨٠) - (الخارج هو البريء عن وضع اليد والتصرف بالوجه المشروح).

الخارج هو البريء عن وضع اليد على عين والتصرف بها تصرف الملاك يعني يطلق الخارج على من لم يضع يده على العين وعلى من لم يتصرف بها تصرف الملاك كالشخص الذي لم يقبض على طرف الثياب، وعلى الذي يقبض على طرف ثوب يلبسه آخر وعلى من يقبض على زمام دابة يركبها آخر، وعلى من علق آنيته على دابة محملة بحمل لآخر وعلى من يحمل مفتاح غرفة في دار يسكنها آخر.

ويوجد بين الخارج وذي اليد فرق على نوعين.

النوع الأول: فرق من حيث الماهية وقد بين.

النوع الثاني: فرق من حيث الحكم فذو اليد مدعى عليه ولا يكلف باثباته المدعى به فاذا لم يثبت المدعي المدعى به يحلف ذو اليد بأن المال المدعى به ليس مال المدعي الخارج فاذا حلف يبرأ من دعوى المدعي. مثلاً لو ادعى أحد ملكية الحائط القائم عليه بناء شخص والواقع بين داره ودار ذلك الشخص أن الحائط المذكور حائطه، ولم يكن لدى الاثنين بينة فالقول مع اليمين لصاحب البناء على الحائط فاذا حلف يمنع المدعي من المعارضة ويترك الحائط في يد المدعى عليه بقضاء الترك وإذا نكل المدعى عليه يحكم للمدعى بالحائط.

أما إذا كان الخارج مدعياً فيجب عليه اثبات دعواه لاخد المال الذي في يد ذي اليد فاذا لم يثبت وحلف المدعى عليه اليمين على الوجه المبين آنفاً فتترك اليد كالأول في يد ذي اليد بقضاء الترك (الشرنبلا لي والبهجة).

وقد بين ذلك أيضاً في شرح المادة الآنفة.

المادة (١٦٨١) - (التحليف هو تكليف اليمين على أحد الخصمين).

التحليف من باب التفعيل وثلاثيه حلف والحلف من الباب الثاني وهو لغة بمعنى القسم وشرعاً هو تكليف اليمين على أحد الخصمين وبتعبير آخر تحليف المدعى عليه اليمين المتوجه عليه الحلف بطلب المدعي أي تحليف القاضي له أنظر المادتين (١٧٤٦ و١٧٤٧).

واليمين تقوية خبر الحالف بالقسم أنظر شرح المادة (٧٦).

المادة (١٦٨٢) - (التحالف هو تحليف كلا الخصمين).

وبتعبير آخر يطلق التحالف على تحليف الخصم بعد تحليف الخصم الآخر ولذلك فالتحليف عبارة عن يمين واحد والتحالف عن يمين اثنين.

الفرق بين التحليف والتحالف. ويوجد فرق بين التحليف والتحالف من حيث الماهية ومن حيث الحكم أيضاً وهو أنه يحكم في نتيجة الحلف أما بمنع معارضة المدعي للمدعى عليه أو بالزام المدعى عليه بالمدعى به أما في نتيجة التحالف فيحكم بفسخ عقد البيع أو عقد الاجارة.

المادة (١٦٨٣) - (تحكيم الحال. يعني جعل الحال الحاضر حكماً. هو من قبيل الاستصحاب والاستصحاب هو الحكم ببقاء أم محقق غير مظنون عدمه وهو بمعنى ابقاء ما كان على ما كان).

تحكيم الحال؛ يعني جعل الحال الحاضر الموجود أثناء مرافعة الخصمين الدال والشاهد لأحد

الطرفين حكماً، هو من قبيل الاستصحاب ويدعى استصحاب الحال في الماضي أو الاستصحاب المقلوب أنظر شرح المادة (٥).

والاستصحاب هو الحكم ببقاء أمر محقق غير مظنون عدمه كان موجوداً في وقت من الأوقات وهو بمعنى ابقاء ما كان على ما كان وقد وردت هذه القاعدة في المجلة في المادة الخامسة (الأصل بقاء ما كان على ما كان) وفي المادة العاشرة(ما ثبت بزمان يحكم ببقائه سالم يوجد دليل على خلافه).

والمجلة تعرف الاستصحاب بثلاثة تعاريف تشمل قسمي الاستصحاب. وأن بقاء أمر محقق يعتبر من الماضي في الحال كما أنه يعتبر من الحال إلى الماضي ويتفرع على القسم الأول المادة (١٧٧٧).

ويتفرع عن القسم الثاني أيضاً المادة المذكورة أنظر شرح المادتين الخامسة والعاشرة.

الباب الأول

في حق الشهادة ويشتمل على ثمانية فصول

الفصل الأول

في تعريف الشهادة ونصابها

يجب أن يعلم عشرة أشياء في الشهادة وهي تعريفها، ركنها؛ شرطها؛ سبب وجوبها، حكمها، صفتها، محاسنها، دليلها؛ صفة الاشهاد، أوصاف الشهود.

أولاً: تعريفها. يعلم تعريفها بإيضاح معناها اللغوي والشرعي فالشهادة لغة عبارة عن الخبر القاطع وهي اما أن تكون مأخوذة من الشهادة التي هي المعاينة وقد أشير إليها في الحديث الشريف (إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع) وعلى هذا المعنى فتسمية الأخبار في حضور القاضي عن صفة وكيفية المدعى به شهادة يكون من قبيل المجاز حيث اطلق اسم السبب على المسبب، أو أنها مأخوذة من الشهود ومعنى الشهود الحضور لأن الشاهد يحضر بعد مجلس المحاكمة مجلس القاضي للشهادة فيطلق بطريق المجاز عليها شهادة (والغنيمة لمن شهد الواقعة) في الحديث الشريف فعبارة شهد بمعنى حضر (الزيلعي والشلبي وابو السعود في أول الشهادة).

ثانياً: ركنها. عبارة عن لفظ اشهد أنظر المادة (١٦٨٩) إلا أنه إذا أورد في آخر الشهادة عبارة تفيد الشك تبطل الشهادة فلذلك لما كان قول الشهود في آخر شهادتهم على ما أعلم موجبة للشك عرفا فهي تبطل الشهادة كقول الشاهد في شهادته أشهد (على ما اعلم أو على ما أظن كذا) فلذلك لو قال أحد إنني مدين لفلان بألف درهم على ما أعلم فلا يكون اقراره صحيحاً كما أنه لو قال: ليس لي حق عند فلان على ما أعلم فلا يصح ابراؤه كما أنه لو قال في الشاهد المعدل: انه عادل على ما اعلم فلا يكون تعديلاً للشاهد (البحر).

ثالثاً: شرطها. وشرط الشهادة على قسمين:

القسم الأول ـ شرط التحمل [1] وهو ثلاثة:

(أولاً) **العقل** وقت التحمل فلذلك لا يصح تحمل المجنون والصبي الغير العاقل وعليه فإذا

---

(١) والتحمل لحوق علم الشهود بالواقعة واستحصال الشهود على المعلومات المتعلقة بالمشهود به.

تحمل الصبي أو المجنون وهو غير عاقل الشهادة وشهد بعد البلوغ أو الافاقة فلا تقبل شهادته وإذا أخفى زمان تحمله وشهد يكون شاهداً كاذباً.

ولا يشترط البلوغ والعدالة والحرية في وقت التحمل فلذلك إذا كان الشاهد وقت التحمل صبياً عاقلاً أو رجلاً غير عادل أو عبداً ثم بلغ الصبي وتاب الرجل وعتق العبد فله أن يشهد في حضور القاضي شهادته التي تحملها في تلك الأوقات.

(ثانياً) البصر وقت التحمل ولذلك فتحمل الأعمى غير صحيح فعليه إذا تحمل أحد شهادة في حال العمى ثم أصبح بصيراً وشهد فلا تقبل شهادته وإذا كتم زمان تحمله وشهد كان كاذباً.

(ثالثاً) يكون تحمل المشهود به بالمعاينة بنفسه أي أن يكون الشاهد عاين ونظر الشيء بنفسه؛ لأنه قد ورد في الآية الجليلة (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) (الحموي) أنظر المادة (١٦٨٨) فلذلك إذا عاين الشاهد المشهود به بغيره أي أنه شاهد المشهود به شخص آخر وأخبر الشاهد فاداؤه الشهادة على هذا الوجه بناء عن تحمله الشهادة على تلك الصورة غير صحيح، مثلاً لو تبايع شخصان مالاً ولم يحضر الشاهد البيع والشراء بنفسه إلا أنه أخبره رجلان بطريق الشهادة بوقوع البيع والشراء فليس لذلك الرجل أن يشهد دعوى ذلك البيع كأنه شاهد البيع فإذا شهد كان كاذباً في شهادته وإذا بين أن شهادته مبنية على استخباره من الغير فترد شهادته.

فلذلك إذا حضر رجلان عادلان إلى رجلين آخرين وشهدا لهما بأن فلاناً قد استوفى العشرين ديناراً المطلوبة له من ذمة فلان فليس لذينك الرجلين اللذين سمعا هذه الشهادة أن يشهدا على إيفاء الدين حيث أنهما لم يشاهدا الإيفاء بذاتهما كما أنه لم يقر الدائن باستيفائه حقه بحضورهما كما أن شهود الأصل لم يأمراهما بالشهادة لتجوز شهادتهما بطريق الشهادة على الشهادة بسبب غيبة شهود الأصل مدة السفر. كذلك إذا تحمل رجلان شهادة بمعاينتهما أن زيداً أقرض عمراً عشرين ديناراً وسلمه إياها ثم شهد لهما رجلان بأن زيداً قد ابرأ عمراً من العشرين ديناراً المطلوبة له فليس للشاهدين المذكورين أن يمتنعا بناء على هذه الشهادة الواقعة لهما عن الشهادة عن افتراض عمرو من زيد العشرين ديناراً ما لم يعاينا بالذات الإبراء أو الاستيفاء أو أن يقر الدائن بحضورهما الإبراء والاستيفاء. لأن الشاهدين يعلمان سبب الوجوب ووجوب المال ولا يسقط تحملهما هذا إلا بالحجة ولا تكون الشهادة الواقعة بحضورهما حجة لعدم اتصالها بالحكم (الولوالجية) أنظر المادة (١٦٧٦).

وهذه المعاينة على وجهين:

الوجه الأول: يكون بمعاينة السبب الموضوع للملكية كرؤية أحد آخر يشتري مالاً أو يتهب ويقبضه ثم يشهد بعد ذلك أن ذلك المال ملكه. كذلك إذا حضر أحد عقد إيجار بين رجلين وسمع العقد باذنه فله أن يشهد على العقد المذكور. كذلك لو رأى بعينه أن رجلاً أقرض آخر عشرة دنانير وسلمه إياها فله أن يشهد أن لذلك الرجل في ذمة الرجل الآخر عشرة دنانير.

الوجه الثاني: يكون بمعاينة وضع اليد الذي هو دليل الملك أنظر المادة (٦٧) وشرحها وهو أنه لو كان أحد يتصرف في المال الذي تحت يده بدون أي منازعة ومعارضة من أحد فللواقف على هذه الأحوال والمطمئن على أن المال المذكور هو ملك لذي اليد أن يشهد أن ذلك المال هو ملك لذلك الشخص وتحل له هذه الشهادة (الشبلي) لأن وضاعة اليد على المال على هذا الوجه دليل على التملك واليد هي أقصى ومنتهى الدلائل التي يستدل بها على الملكية لأن الملك لا يعلم بالدليل الحقيقي. مثلاً لو رأى أحد آخر يشتري مالا فبرؤيته الشراء لا يكون قد علم بالدليل الحقيقي أن المال المذكور هو ملك للمشتري لأن من المحتمل أن يكون المال المذكور غير مملوك للبائع حتى لو أنه رؤى اشتراء البائع لذلك المال فيمكن أن يقال أن بائع البائع غير مالك لذلك المال وأنه باعه وهو غير مالك له فلذلك وتسهيلاً للمصلحة يكتفي بظاهر اليد فجوزت الشهادة على الملكية بمعاينة اليد.

سؤال: يكون المال بعضا في يد وقبضة غير صاحبه كالوديعة والمأجور والمستعار والمرهون ففي هذا الحال لا يجوز الاستدلال باليد على الملكية ولا يجوز تجويز الشهادة استناداً على معاينة وضع اليد؟

الجواب: أن الأصل وجود الأملاك في يد أصحابها وأن وجودها في يد غير أصحابها هو عارض فلذلك ترجح جهة الملكية التي هي الأصل ولهذا الترجيح يحكم القاضي بمجرد اليد لذي اليد بقضاء الترك (الزيلعي) أنظر شرح المادة (١٧٨٦).

إلا أنه يشترط في قبول الشهادة على الملك بناء على معاينة اليد وجود ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يطلق الشاهد شهادته بدون أن يفسر أنه يشهد بناء على معاينة اليد فاذا فسرها على هذا الوجه أي بين أن شهادته مبنية على المعلومات التي استنتجها من معاينة اليد فلا تقبل شهادته (الولوالجية والدرر والشرنبلالي).

الشرط الثاني: أن يكون الشاهد مطمئناً على أن ذلك المال هو ملك لواضع اليد فلذلك إذا كان الشاهد غير مطمئن لذلك فليس له أن يشهد على الملك بناء على معاينة اليد. لأن الأصل في جواز الشهادة هو اعتبار اليقين وبالاطمئنان يحصل نوع العلم أو غلبة الظن (ابو السعود والدرر) مثلاً لو رأى أحد في يد كناس جوهرة أو لؤلؤة ذات قيمة أو رأى كتاباً في يد جاهل ليس في آبائه أهل للكتاب فليس له أن يشهد أن الجوهرة واللؤلؤة للكناس وأن الكتاب الجاهل (الولوالجية في أول الشهادة والبحر).

الشرط الثالث: أن لا يخبر رجلان عادلان هذا الشاهد أن المال المذكور ليس لواضع اليد وأنه ملك لآخر فإذا اخبرا الشاهد على هذا الوجه فليس له أن يشهد بملكية ذي اليد (الولوالجية في أول الشهادة وابو السعود المصري).

أما إذا أخبر الشاهد رجل عادل فقط فللشاهد أن يشهد أن ذلك المال هو ملك لواضع اليد. لأنه عند شهادة الشاهدين يقع في قلبه أنه ليس للأول فلا يحل أن يشهد أنه للأول بخلاف ما إذا

شهد به عدل واحد. لأنه بشهادة الواحد لا يزول ما كان في قلبه أنه للأول فلا يحل له أن يمتنع عن الشهادة إلا أن يقع في قلبه أن هذا الواحد صادق فإذا وقع في قلبه فلا يحل له أن يشهد للأول.

وقد اتفق على جواز الشهادة بمعاينة اليد مع التصرف وقد جوز بعض العلماء الشهادة على الملك بمعاينة اليد بدون التصرف. أما عند الإمام الشافعي والاسعاف وعند بعض الفقهاء فلا تجوز الشهادة على الملك بمجرد معاينة اليد حيث أن يد المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن يد أمانة وأن ايديهم هي كيد صاحب الملك.

أما صاحب البحر فقد رجح جواز الشهادة على الملك بمعاينة اليد بدون التصرف قائلاً: أن التصرف يتنوع إلى نوعين أحدهما تصرف الأصالة والآخر تصرف النيابة كتصرف المستعير والمستأجر والوصي والولي والوكيل (انتهى مع ضم من الزيلعي) فلذلك لا فائدة في ضم التصرف على اليد وفي هذه الصورة يجب أن يكتفى بظاهر اليد وأن يسهل أمر الشهادة (الزيلعي).

والشهادة على الملك بناء على معاينة اليد هي أربعة أنواع:

النوع الأول: يكون بمعاينة المالك والملك وهو أن يعرف أحد المالك باسمه ونسبه ووجهه وأن يعرف أيضاً الملك بحدوده الأربعة في يد المالك بدون منازعة من أحد ثم يراه في يد غيره فله عند الدعوى بين الإثنين أن يشهد أن الملك المذكور هو ملك لذي اليد الأول.

النوع الثاني: أن يكون قد عاين الملك ولم يعاين المالك. مثلاً لو كان قد علم عقاراً بحدوده الأربعة وعلم أنه منسوب إلى فلان بن فلان إلا أنه لا يعلم مالكه بوجهه ونسبه ثم جاء ذلك الرجل المنسوب له الملك وادعى على آخر بأن العقار المذكور المحدود هو ملكه فللشاهد المذكور أن يشهد بأن ذلك العقار المحدود هو ملك لذلك الرجل لأن النسب يثبت بالتسامح فصار المالك معلوماً بالتسامح والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاعت حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ومن لا يبرز أصلاً ولا يتصور أن يراه متصرفاً فيه وليس هذا إثبات الملك بالتسامح وإنما هو إثبات النسب بالتسامح وفي ضمنه إثبات الملك به وهو لا يمتنع وإنما يمتنع إثباته قصداً (الزيلعي) والقياس أنه لا يجوز لأن الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة وكذا في المشهود له (الشبلي).

النوع الثالث: أن لا يكون الشاهد قد عاين الملك والمالك بل أنه سمع من الناس أن لفلان بن فلان بن فلان عقاراً في القرية محدوداً بكذا إلا أنه لا يعلم ذلك العقار كما أنه لم يشاهد أن فلاناً المذكور وضع يده على العقار المذكور فلا تحل له الشهادة. لأنه مجازف في هذه الشهادة (الزيلعي والشبلي).

النوع الرابع: أن يكون عاين المالك ولم يعاين الملك، مثلاً لو كان أحد يعلم زيداً ويسمع أن له عقاراً في المحل الفلاني إلا أنه لا يعلم عين ذلك العقار فلا يحل له أن يشهد أن ذلك العقار هو ملك لزيد لأنه لم يتحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة (مستثنى): إن الخصومات التي

يجوز الشهادة فيها تسامعاً بطريق الاستثناء من شرط التحمل الثالث لا يشترط فيها المعاينة انظر المادة (١٦٨٨).

القسم الثاني ـ شرط الأداء وهذا ثلاثة أصناف:

الصنف الأول: ما يرجع على الشاهد وهو (١) البلوغ فلذلك لا تقبل شهادة الصبي. (٢) الحرية فلذلك لا تقبل شهادة العبد. (٣) البصر. (٤) النطق فلذلك لا تقبل الشهادة الوارد ذكرها في المادة (١٦٨٦). (٥) العدالة فلذلك لا تقبل شهادة الفاسق انظر المادة (١٧٠٥). (٦) أن لا يكون محدوداً بحد القذف فلذلك لا تقبل شهادة المحدود بالقذف. (٧) أن لا يكون للشاهد جر مغنم أو دفع مغرم فلذلك لا تقبل الشهادة الوارد ذكرها في المادة (١٧٠٠).

(٨) أن لا يكون الشاهد خصماً فلذلك لا تصح شهادة الوصي لليتيم والوكيل للموكل انظر المادة (١٧٠٣)

(٩) يجب على الشاهد أن يكون عالماً للمشهود به وقت الشهادة وذاكراً إياها انظر المادة (١٦٨٢) وشرحها.

(١٠) ذكورة الشاهد في الحدود والقصاص فلذلك لا تقبل فيهما شهادة النساء.

(١١) تقدم الدعوى في حقوق العباد فلذلك لا تصح الشهادة في ذلك بلا سبق دعوى انظر المادة (١٦٩٦).

(١٢) موافقة الشهادة للدعوى في الدعاوى التي يشترط فيها موافقة الشهادة للدعوى فلذلك إذا كانت الشهادة مخالفة للدعوى في تلك الدعاوي فلا تقبل ما لم يكن التوفيق ممكناً فيها ويوفق انظر المادة «١٧٠٦».

(١٣) الأصالة في الشهادات المتعلقة بالحدود والقصاص فلذلك لا تجوز في تلك الدعاوى الشهادة على الشهادة.

(١٤) بما أن الشهادة على الشهادة جائزة في حالة تعذر حضور الأصل فلذلك لا تجوز الشهادة على الشهادة ما لم يكن متعذراً حضور الأصل وقد فصل ذلك في شرح المادة (١٨١٥) «البحر».

الصنف الثاني: الراجع للشهادة وهو عبارة عن ثلاثة أشياء:

أولاً ـ لفظ الشهادة انظر المادة «١٦٨٩» (ثانياً) عدد في الشهادة في الامور التي لا يمكن للرجال الاطلاع عليها انظر المادة «١٦٨٥» (ثالثاً) اتفاق الشاهدين انظر المادة «١٧١٢».

الصنف الثالث: الراجع على مكان الشهادة وهو عبارة عن مجلس القاضي انظر المادة «١٦٨٧».

رابعاً: سببها، وسبب وجوب الشهادة اثنان:

أولاً ـ أن يطلب صاحب الحق إيفاء الشهادة من الشاهد لقوله تعالى﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾فلذلك إذا طلب من اثنين منحصرة فيهما الشهادة إيفاء الشهادة وكتما الشهادة يأثمان لأن كتم

الشهادة منهي عنه بالنص وهو قوله تعالى ﴿من يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ «الزيلعي والولوالجية»

ثانياً ـ أن يخاف من ضياع حق صاحب الحق فلذلك لو كان أحد شاهداً على حق آخر وخيف على حقه لكونه لا يعلم أن ذلك الشاهد هو شاهد على حقه فللشاهد أن يخبر ذلك الشخص عن كيفية شهادته وأن يشهد في حضور القاضي إذا طلب منه الشهادة وإلا لا يجب لأنه يحتمل أن يكون قد ترك حقه «تكملة رد المحتار»[1]

خامساً: حكمها، وحكم الشهادة على القاضي وجوب القضاء بعد تزكية الشهود فلذلك إذا وجدت شرائط الحكم لا يجوز للقاضي تأخير الحكم انظر المادة «١٨٢٨» إلا أنه يجوز تأخير الحكم لأسباب ثلاثة:

أولاً ـ أن تكون الدعوى بين الأقرباء فيأمن القاضي حصول الصلح بينهما.

ثانياً ـ أن يدعي المدعى عليه أن لديه دفع للدعوى ويطلب الإمهال.

ثالثاً ـ أن يكون لدى القاضي ريب وشبهة في الشهود وستفصل هذه الأسباب الثلاثة في شرح المادة (١٨٢٨) «الشرنبلالي».

سادساً: صفتها. أن تحمل الشهادة وأداؤها فرض كفاية:

تحملها ـ إذا طلب المتعاقدان من أحد حاضر في مجلس العقد حين العقد أن يتحمل الشهادة وجاءا إلى محضر الشهود فتحمل الشهادة فرض كفاية على الشهود. وفرضية ذلك ثابتة بإجماع الأمة أي لا يجب على الشهود لتحمل الشهادة ذهابهم إلى محضر العاقدين بل يجب على العاقدين أن يذهبا إلى محضر الشهود وقد وضح ذلك في شرح المادة (٢٩٢) ففي هذه الصورة إذا طلب أحد من آخر تحمل الشهادة ينظر: فإذا كان يمكن لذلك الشخص أن يجد آخر لتحمل الشهادة فللمطلوب منه الامتناع عن تحملها وإلا فلا فإذا امتنع كان آثماً.

وقد جاء في البحر، أن التحمل كالأداء فيلزم عند خوف الضياع. طلب منه أن يكتب شهادته أو يشهد على عقد أو طلب منه الأداء إن كان يجد غيره فله الامتناع.

أداؤها ـ إذا طلب المدعي من الشاهد أن يشهد ففرض كفاية على الشاهد أن يذهب إلى مجلس القاضي وأن يؤدي الشهادة بلسانه وليس له أن يمتنع قائلاً: فليحضر القاضي إلي ويستمع شهادتي فإذا امتنع كان آثماً (البحر).

وليس للشاهد أن يطلب أجرة على شهادته من المشهود له فإذا طلب الشاهد أجرة فلا تقبل شهادته (لسان الحكام).

---

(١) إذا طلب المدعي الشاهد لأداء الشهادة فأخر من غير عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة إذ قد يكون لاستجلاب الأجرة وقد فسد الزمان وعلم من حال الشهود التوقف لقبض النقود «الحموي» والوجه أن يقبل ويحمل على العذر ثم تذكر أو غيره «الشبلي»

ولكن لا يجبر الشاهد على أداء الشهادة فلذلك إذا أنكر الشاهد الذي أحضره المدعي أمام القاضي للشهادة شهادته مبيناً أنه ليس لديه علم بالمشهود به فليس للقاضي تحليفه اليمين لأنه إذا أجبر على اليمين فيمكن أن يشهد تخلصاً من اليمين والحال أن هذه الشهادة لا تكون مقبولة ولا يحل الحكم بموجبها (الولوالجية في الفصل الحادي عشر من الشهادات).

شروط فرضية الأداء: إن فرضية الأداء مشروطة بتسعة شروط:

١ ـ أن يطلب المدعي الشهادة في حقوق العباد: لأن الشهادة هي حق المدعي فكما يشترط الطلب في سائر الحقوق فيشترط في الشهادة طلبها أيضاً (الدرر).

ولكن في حقوق الله كالطلقات الثلاثة، وبتعبير آخر في الحرمة المغلظة فلا يشترط فيها طلب الشهادة ويجب على الشاهد من غير طلب وبلا دعوى أن يذهب إلى مجلس القاضي ويشهد في ظرف خمسة أيام حتى أنه إذا أخر الشهادة إلى بعد خمسة أيام من غير عذر وكان عالماً بأن الزوجين يعاشران بعضهما معاشرة الأزواج يكون فاسقاً ولا تقبل شهادته.

مثلاً: إذا توفي أحد وترك زوجته وورثته الآخرين ثم شهد الشهود في حضور القاضي أن المتوفي المذكور قد طلق زوجته ثلاثاً وكانوا عالمين أن الزوجة المذكورة تعاشر زوجها معاشرة الأزواج وتركوا وأخروا الشهادة فلا تقبل شهادتهم لأنهم أصبحوا فاسقين بسبب تأخيرهم الشهادة والحال أنه يجب أن يكون الشاهد عادلاً انظر المادة (١٧٠٥) أما إذا كان تأخير الشهادة لعذر فتقبل الشهادة (البحر والنتيجة).

٢ ـ أن يعلم الشاهد أن القاضي سيقبل شهادته فإذا كان الشاهد يعلم بأن القاضي سوف لا يقبل شهادته فلا يلزمه أداؤها لأنه من الجائز أن يتضرر الشاهد بسبب عدم تعديل شهادته وجرحها فيثلم شرفه (الولوالجية).

٣ ـ أن لا يكون اعتقاد ومذهب القاضي مخالفاً لاعتقاد ومذهب الشاهد. مثلاً إذا كان القاضي حنفي المذهب فبما أنه يقول بعدم جواز هبة المشاع القابل القسمة، وكان الشاهد شافعي المذهب ويقول بجواز هبته، فإذا طلب الموهوب له من الشاهد أن يشهد على تلك الهبة والتسليم فللشاهد الإمتناع عن أداء الشهادة حيث أن الشاهد يعلم بأن القاضي سوف لا يقبل شهادته ولا يحكم بصحة الهبة وعليه فإن عدم قبول الشهادة من القاضي هو عذر للشاهد لتأخير الشهادة (الحموي).

٤ ـ أن يكون أداء الشهادة متعيناً على الشاهد فلذلك إذا كان الشهود جمعاً وشهد اثنان منهم وقبلت شهادتهما فيسقط وجوب الشهادة عن الآخرين. أما إذا امتنع بعضهم عن الشهادة فالواجب على الآخرين أن يؤدوا الشهادة لأن الآخرين إذا لم يؤدوا الشهادة يتلف حق المدعي وحيث أن هذا التلف يكون مضافاً إليهم فيكونون متسببين بتلف حق المدعي (الولوالجية).

كذلك إذا لم تقبل شهادة بعض الشهود الذين شهدوا ومست الحاجة لشهادة الآخَرين فيجب على الآخرين أداء الشهادة كما أنه إذا كان قَبول شهادة بعض الشهود أسرع من قبول شهادة الآخرين فتجب الشهادة على الشهود الذين يكونون على هذه الصفة وليس لهم الإمتناع عن أدائها لأن امتناعهم عنها يؤدي إلى تضييع الحق (الشرنبلالي والبحر).

وقد جاء في أبي السعود أن سبب الوجوب غير ظاهر حيث كان هناك من يقوم بهذا الحق.

٥ ـ أن لا يخبر شاهدان عدلان الشاهد ببطلان المشهودَ به فلذلك إذا أخبر عدلان الشاهد بأن المدعي قبض دينه أو أن الزوج طلق زوجته أو أن المتبايعين أقالا البيع فليس للشاهد بعد ذلك أن يشهد على الدين أو على النكاح أو على البيع لأنه ثبت عنده بطلان المشهود به بحجة مطلقة فليس له أن يشهد على ذلك (الولوالجية).

كذلك إذا أخبر عدلان من يريد الشهادة على الملك بناء على معاينة اليد بأن ذلك المال هو ملك لآخر فليس لذلك الشاهد أن يشهد على الملك بناء على معاينة اليد (الولوالجية في أول الشهادة).

أما إذا كان الشهود الذين أخبروا الشاهد هذا الخبر غير عادلين فالشاهد مخير إن شاء شهد وأخبر القاضي الخبر الذي أخبره إياه الرجلان وإن شاء امتنع عن الشهادة. أما إذا كان المخبر للشاهد واحداً فلا يحل للشاهد ترك الشهادة ولو كان المخبر الواحد عدلاً. كذلك إذا أخبر عدلان الشاهد في الأمور التي تجوز فيها الشهادة بالتسامع خبراً مخالفاً لما سمعه فإذا تعين عند الشاهد صدق ذلك الخبر فليس له أن يشهد بالتسامع ما لم يكن الشاهد متيقناً كذب ذينك المخبرين. كذلك إذا أخبر عدل واحد الشاهد خبراً مخالفاً لما سمعه فله أن يشهد حسب مسموعه ما لم يتحقق عند الشاهد صدق خبر العدل الواحد[١].

٦ ـ أن يكون القاضي الذي سيشهد الشاهد في حضوره عادلاً فللشاهد الذي يطلب منه أن يشهد أمام قاض غير عادل أن يمتنع عن الشهادة على أن يشهد في حضور قاض عادل لأنه يحتمل أن يرد ويجرح القاضي الغير العادل شهادته ويتحمل الشاهد العار والخجل. أما إذ حصل ظن غالب عند الشاهد أن ذلك القاضي الغير العادل سيقبل شهادته بشهرته فاللائق أن تتعين الشهادة على الشاهد (البحر).

٧ - إذا كانت شهادة الشاهد على الإقرار يجب ألّا يكون الشاهد عالماً بأن إقرار المقر بُني على الخوف فإذا كان عالماً بأن المقر أقر عن خوف فله ألّا يشهد (البحر).

٨ - أن يكون الشاهد قريباً من موضع القاضي فإذا كان محل القاضي بعيداً عن الشاهد بدرجة أنه إذا ذهب من بيته إلى محضر القاضي لا يستطيع العودة إلى بيته في ذلك اليوم فللشاهد

(١) وينبغي أن تكون الإستثناءات في كل الشهادة كما لا يخفى وكذا المعدل لو سأل عن الشاهد فأخبر أنه غير عدل لا يجب أن يعدل له عنده (البحر).

الامتناع عن الشهادة ولا يكون آثماً بترك الشهادة. لا يلحقه الضرر بذلك وقد قال الله تعالى﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾(البحر والشرنبلالي).

٩ - أن لا يخاف الشاهد على نفسه من ظالم (ابن عابدين على البحر).

وإن يكن إن أداء الشهادة في حقوق العباد فرض إلّا أن الستر أحب في حق من اعتاد الأحوال الموجبة الحدود بدون أن يشيعوها لأن النبي الكريم قد قال للشاهد الذي شهد على حد: (لو سترته بثوبك لكان خيراً لك) (البحر). سيما وأن الحدود هي حق الله والله تعالى غني عن كل شيء بكرمه ولطفه بعباده أما العبد فهو محتاج وشحيح فلذلك لا يقاس أحد الحقين بالحق الآخر (الزيلعي).

أما الشهادة في حق من اعتاد ارتكاب موجب الحدود واشتهر بها وكان غير مبال بها مشيعاً لها فهي أولى من تركها (البحر).

وبما أن الستر في الحدود أحب فإذا رأى شاهد رجلاً يسرق مال آخر يشهد الشاهد على أن الرجل أخذ مال الآخر ولا يشهد بأنه سرقه لأنه إذا شهد على أنه سرقه فيجري في حق السارق حد السرقة (البحر).

سابعاً: محاسنها. ومحاسن الشهادة عديدة وان أعظم دليل قوي يثبت محاسن الشهادة قوله تعالى﴿ كونوا قوامين لله شهداء بالقسط﴾.

ثامناً: دليل الشهادة ودليلها الكتاب والسنة وإجماع الأمة (البحر).

تاسعاً: صفة الإشهاد وصفة تحمل الشهادة، كما ان الاشهاد واجب في النكاح فهو فرض أيضاً على العباد في المداينات والبيوع لأنه إذا لم يشهد يخاف من تلف الأموال وتلف الأموال باعث لتلف الأبدان سيما وأن اتلاف المال على الرجل حرام وعليه فالاشهاد فرض ما لم يكن المال حقيراً كأن كان درهماً فضياً فلا يخاف من تلفه (الولوالجية في الفصل الثاني من الشهادات). كذلك تحمل الشهادة هو فرض كفاية كأدائها وبالعكس يكون موجباً لضياع الحقوق (الشبلي في أول الشهادة).

عاشراً: أوصاف الشهود، من اللائق أن يكون الشهود من المسنين الأغنياء ذوي الفضل والمال لأن الشهود إذا كانوا حائزين هذه الأوصاف لا يكونون طامعين في أموال الناس فاستشهادهم أولى من استشهاد غيرهم (الولوالجية قبيل الفصل الخامس من الشهادات).

والأحوط للشاهد أن يضع علامة على الشيء الذي يتحمل الشهادة فيه حتى أنه يمكن أن يعرفه متى رآه وحتى لا يمكن أن يزيد فيه آخر شيئاً (الولوالجية).

مثلاً إذا شهد شاهد على سند دين فالأحوط أن يضع الشاهد في منتهى السند تحت عنوانه توقيعه أو ختمه.

المادة (١٦٨٤) - (الشهادة هي الاخبار بلفظ الشهادة. يعني بقول أشهد

بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر شاهد ولصاحب الحق مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به).

الشهادة هي الإخبار صدقاً عن يقين وعيان بلفظ من الشهادة. يعني بقول أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر شاهد ولصاحب الحق مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به.

ايضاح القيود:

حق أحد الذي هو في ذمة الآخر (١) ويخرج بذلك الإقرار. لأن الإقرار حسب ما هو مذكور في المادة (١٥٧٢) هو اخبار الإنسان عن حق عليه لآخر.

(٢) تخرج الدعوى، لأن الدعوى كما هو مذكور في المادة (١٦١٣) هي اخبار أحد عن حقه في حضور القاضي.

حقه: ويخرج بذلك الاخبار عن أمر حادث للقاضي في مجلس المحاكمة (أبو السعود المصري).

مثلاً إذا جاء المحضر إلى مجلس القاضي وأخبر القاضي قائلاً: إن نائبك قد باع أموال فلان اليتيم فلا يكون هذا الاخبار من قبيل الشهادة كما أنه لو أخبر المحضر القاضي من قبيل الحوادث بأن فلاناً قال كذا فلا يكون هذا الاخبار شهادة.

حضور القاضي: أي مجلس الحكم وبهذه العبارة يخرج الاخبار الواقع في غير مجلس الحكم. لأن هذا الاخبار ليس بشهادة (أبو السعود).

في مواجهة الخصمين: ويفهم من هذا القيد ومن الألفاظ الواردة في **المادتين**(١٦١٨ و١٨١٣) أنه يشترط حين الدعوى والشهادة والحكم حضور الخصمين.

بلفظ أشهد: إذ لا تجوز الشهادة بغير هذا اللفظ يعني أن أداء الشهادة يقصر على لفظ الشهادة ولا تجوز الشهادة بألفاظ أخرى تدل على تحقيق شيء بعلم ويقين. لأن اللفظ المذكور هو موافق للفظ الوارد في الكتاب والسنة كما أنه يوجد إجماع على تعيين اللفظ المذكور لأداء الشهادة وعلى عدم جواز الشهادة بغير ذلك اللفظ كما أن هذا اللفظ لا يخلو من التعبد (البحر).

الكتاب: وقد ورد فيه ﴿واشهدوا ذوي عدل﴾، ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ وأمثالها من الايات البيّنات. كما أن السنة قد ورد فيها (إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلاّ فدع) ولعل السر في تعيين اللفظ المذكور للشهادة هو أن الشهادة اسم عن المشاهدة ولما كانت المشاهدة عبارة عن الاطلاع على الشيء عياناً فلذلك شرط في آداء الشهادة لفظ الشهادة الذي ينبئ عن المشاهدة.

يعني أنه لا تجوز الشهادة بالتصريفات الأخرى كلفظ شهدت بدلاً من لفظ أشهد بل أنها

مقصورة على لفظ أشهد ومنحصرة فيه كما أشير إلى ذلك في التفسير المار ذكره، وسبب هذا القصر أن لفظ شهدت هو موضوع للاخبار بأمر وقع في زمن ماض فإذا شهد باللفظ المذكور فلا يكون المشهود به مخبراً به في الحال بل يحتمل على معنى أنه شهد في الزمن الماضي. أما صيغة المضارع فحيث انها موضوعة للاخبار في الحال فإذا قال أشهد فهي بمعنى الشهادة في الحال كما أن هذا اللفظ يتضمن المشاهدة والقسم والاخبار في الحال فإذا شهد الشاهد بذلك اللفظ فيكون معنى قوله: إنني أقسم بالله إنني مطلع على ذلك عن مشاهدة وإنني أخبر عنه الآن وهذا المعنى مفقود في الألفاظ الأخرى (البحر).

صدقاً: ويخرج بذلك الاخبار الكاذب، والصدق عبارة عن مطابقة الخبر للواقع وبهذا التقدير يكون إطلاق الشهادة على الاخبار الكاذب مجازاً (الدر المختار والتكملة ورد المحتار) وبتعبير آخر أن شهادة الزور فرد مجازي ويجب خروجها من التعريف ولا ينقص التعريف بخروج الشهادة المذكورة.

عن يقين وعيان: والعيان بالعين معناها المعاينة لأن الشهادة كما عرفت في المادة (١٦٨٨) يجب أن تكون عن مشاهدة وعيان ولا يكفي فيها التخمين[١] والحسبان[٢].

أما إذا أقر أحد لآخر بإحدى الذهبتين اللتين في يده التي احداهما بجنيهين ونصف والأخرى بجنيه واحد وشهد الشهود بأن المقر أقرّ بإحداهما وأنهم لا يعلمون بايهما أقر فتقبل الشهادة الواقعة في حق الذهبة ذات الجنيه ويؤمر المقر بتسليمها للمقر له (البحر) ولا يقال هنا ان الاخبار لم يكن عن يقين لأن الأقل متيقن فيحكم بالجنيه ولا يحكم بالجنيهين والنصف. لأنه ليس في الأكثر يقين بل فيه شك. وتتفرع المسائل الآتية عن كون الشهادة يجب أن تكون عن يقين وهي:

المسألة الأولى ـ إذا ادعى أحد على آخر بألف درهم وأنكر المدعى عليه وأخبر الشهود قائلين لم نر أن المدعي أدى للمدعى عليه هذه الدراهم إلّا أننا قد علمنا بذلك فلا تقبل شهادتهم (علي أفندي) كذلك لو شهد شاهد قائلاً: أشهد حسب ظني أو حسب علمي بكذا فلا تقبل شهادته (البحر).

المسألة الثانية ـ إذا ادعى المدعي بمبلغ معين وشهد الشهود بأن المدعي قد سلم للمدعى عليه كيساً فيه نقود نجهل مقدارها فلا تثبت الدعوى بذلك.

المسألة الثالثة ـ لو ادعى أحد على آخر قائلاً ان لي في ذمته مائتي درهم قد استوفيت منها مائة وخمسين درهماً وبقي خمسون درهماً مطلوبة لي وأثبت دعواه بالبيّنة فادعى المدعى عليه بأنه أدى الخمسين درهماً وأقام شهوداً فيجب على الشهود أن يشهدوا بأن المدعى عليه قد أدى للمدعي الخمسين درهماً التي يدعيها المدعي أي أن المدعى عليه أدى المدعي الخمسين درهماً الباقية فلا تقبل

---

(١) التخمين هو القول بالحدس وهو مصدر خمن بالتشديد.

(٢) والحسبان بكسر الحاء هو بمعنى الظن أما الحسبان بضم الحاء فهو بمعنى العد والإحصاء «أبو السعود».

شهادتهم بقولهم أن المدعى عليه أدى الخمسين درهماً لأن الخمسين درهماً هي من ضمن الماية والخمسين درهماً التي أقر بوصولها للمدعي (تكملة رد المحتار).

حيث انه في هذه الصورة لا يعلم هل أن الخمسين درهماً التي أداها هي من ضمن الماية والخمسين درهماً أو هي الخمسون درهماً الباقية. أما إذا ادعى أحد على آخر بمائتي درهم ثمن بن وادعى المدعى عليه بأنه أدى ذلك وشهد الشهود بأنهم شاهدوا بأن المدعى عليه قد أدى للمدعي خمسين درهماً ولكنهم لا يعلمون هل أدى المدعى عليه ذلك إيفاء لذلك أو لدين آخر فتقبل شهادتهم «الخانية». لأنه لم يكن ثابتاً أن للمدعي ديناً آخر على المدعى عليه فيحكم بأن الخمسين درهماً التي شهد الشهود بأدائها هي من ضمن الدين المطلوب للمدعي.

المسألة الرابعة ـ يشترط أن يكون الشاهد في وقت أداء الشهادة عالماً بالمشهود به وذاكراً له فعليه إذا لم يتذكر الشاهد شهادته التي حررها بعد أن رأى خطه أي لم يتذكر الواقعة فليس له أن يشهد على ذلك عند بعض المجتهدين. مثلاً لو كتب زيد شهادته في ذيل السند الذي حرر لأمر من الأمور بخط يده ورأى ذلك ولم يتذكر ذلك الأمر فلا يحل له أن يشهد على ذلك الأمر بمجرد رؤيته خطه «الدرر والفيضية».

أما عند بعض المجتهدين فله أن يشهد توسعة للناس والمفتى به هو هذا كما ذكر في البزازية «الولوالجية في أول الشهادة وفي الفصل الثاني من الشهادة والبحر وأبو السعود والزيلعي»[1].

المسألة الخامسة ـ لا يحل لأحد أن يشهد على مضمون سند قرئ له ولم يطلع على مضمونه مثلاً: لو حرر أحد وصيته وقال لجماعة أشهدوا على ما في وصيتي هذه فليس للجماعة المذكورة أن يشهدوا على مضمون تلك الوصية ما لم يقرأ ذلك الشخص الوصية للشهود أو أن يقرأ الشهود تلك الوصية أثناء تحريرها (لسان أحكام).

المسألة السادسة ـ لا يحل لأحد أن يشهد على إقرار أحد بسماع صوته من وراء حجاب لأنه يحتمل أن يشبه الصوت الصوت الآخر فيمكن أن يكون القائل غير ذلك الشخص. مثلاً لو سمع أحد من الغرفة التي هو فيها قول زيد المقيم في غرفة أخرى بأنه مدين لبكر بألف درهم فإذا لم يشاهد زيداً وهو يقول هذا القول فلا يحل له أن يشهد على زيد بصدور الإقرار منه. أما إذا لم يكن في الغرفة غير زيد وكان للغرفة باب واحد فقط وكان الشاهد جالسا أمام باب الغرفة وسمع إقرار زيد الذي لم يشاهد شخصه فله الشهادة على ذلك الإقرار. لأنه في هذه الحالة قد حصل العلم له. أما إذا بين المدعى عليه للقاضي بأن الشاهد قد شهد بناء على استماعه من وراء حجاب فاللائق للقاضي عدم قبول شهادة الشاهد (الزيلعي).

كذلك إذا استمع أحد إقرار امرأة على الوجه المحرر من وراء حجاب ولم ير وقت الإقرار

---

(١) وكذا القاضي إذا وجد في ديوانه إقرار رجل لرجل بحق أو شهادة شهود يشهد الرجل على رجل بحق وهو لا يذكره لا يحكم به ولا ينفذه حتى يتذكره «الدرر».

شخص المقرة فليس له أن يشهد على هذا الاقرار بناءعلىالاخبار الواقع له بان المقرة هي فلانة بنت فلان[1] ولا يشترط رؤية الوجه (الزيلعي والشبلي).

وكذلك إذا رأى الشاهد شخص المقرة وكان لا يعرفها فليس له أن يشهد على تلك المرأة بناء على ذلك الاقرار. لأن الشهادة على المجهول باطلة «البحر والولوالجية».

أما إذا اقرت امرأة في حضور شاهد بعد أن رآها وكان الشاهد لا يعرفها ثم بعد شهادته شهد شاهدان أن المرأة المذكورة هي فلانة بنت فلان أي عرفاها له فللشاهد المذكور أن يشهد عليها بالاقرار المذكور ولو كان المعرف زوج المقرة أو ابنها ممن لا تجوز شهادتهم لها «البحر».

كذلك يصح تعريف ابن العم وابن العمة وابن الخال وابن الخالة الجائز نكاحهم لها كما أنه يجوز تعريف الخال والخالة الغير الجائز نكاحها لان التعريف ليس في الحقيقة شهادة ولا يشترط فيه لفظ الشهادة بل هو خبر محض واللازم فيه أن يكون المخبر موثوقاً به «الخيرية». أما إذا كان المعرف امرأة أو امرأتين فلا يكون التعريف صحيحاً ولا يجوز للشاهد أن يشهد على الاقرار المذكور؛ مثلاً لو نصبت هند زيداً وصياً وقالت امرأتان للشاهدين الحاضرين ان هذه المرأة هي هند فليس للشاهدين بعد وفاة هند أن يشهدا بناء على اخبار تلك المرأتين على وصية هند «هامش البهجة».

المسألة السابعة ـ لو ادعى أحد على آخر قائلاً: ان غنمي التي ترعى في المرعى الفلاني قد التحق منها كذا شاة التي تساوي قيمتها كذا درهماً بقطيع غنمك الموجودة في المرعى وانك قد اخذت اغنامي المذكورة واستهلكتها وشهد الشهود أن مقداراً من أغنام المدعى قد التحقت بقطيع المدعى عليه ولم يبين مقدار الاغنام التي التحقت بالقطيع ولم يبين صفتها وقيمتها فلا تثبت بتلك الشهادة دعوى المدعى (البهجة).

هي الاخبار ـ وصورة الخبر أن يقول: اشهد أن هذه العين ملك المدعى أو أن يقول ان هذه العين للمدعي بدون أن يصرح أنها ملكه «الخانية».

إيضاح تعريف المرأة المجهولة: إذا كانت المشهود عليها امرأة مجهولة الشخص فلاجل أن يكون تحمل الشهود للشهادة صحيحاً يجب تعريفها للشهود على الوجه المحرر آنفاً كما أنه إذا كان المشهود عليه رجلاً مجهول الذات فلاجل تحمل الشهادة بحقه يجب تعريفه للشهود أيضاً حتى يصح للشاهد أن يشهد عليه وحتى يتمكن الشاهد إذا مات أو غاب المشهود عليه أن يشهد عليه وهو عالم باسمه ونسبه فلذلك إذا اخبر المشهود له والمشهود عليه باسمها ونسبها للشهود فليس للشهود أن

---

(١) إذا شهدا على امرأة سمياها ونسباها وكانت حاضرة فقال القاضي للشاهدين هل تعرفان المدعى عليها فقالا لا فالقاضي لا يقبل شهادتها ولو قالا تحملنا الشهادة عن امرأة اسمها ونسبها كذا ولكننا لا ندري أن هذه المرأة هل هي بعينها أم لا صحت شهادتها على المسماة وكان على المدعي إقامة البيّنة إن هذه هي التي سمياها ونسباها «الهندية».

يشهدوا لهما لأنه يحتمل أن المشهود له والمشهود عليه قد انتحلا اسم ونسب غيرهما واتفقا على اغتصاب حق الغير. مثلاً إذا اراد زيد بيع ماله لعمرو واحضر شاهدين اثناء البيع ليشهدا بالبيع فاذا كان هذان الشاهدان لا يعرفان زيداً وعمراً فلا يكتفيان بقول المتبايعين (ان أحدنا عمرو بن فلان والآخر زيد بن فلان) بل ان لهما أن يسألا عنهما من الذين يعرفون آباءهما واجدادهما وبعد أن يعرفا نسبهما بالتواتر أو باخبار رجلين عادلين لهما بطريق الشهادة فلهما تحمل الشهادة واداؤها بعد ذلك. أما إذا كان المشهود عليه مغروفاً ومشهوراً عند الناس فلا حاجة لتعريفة (لسان الحكام). ولا يشترط أن يشاهد المشهود عليه الشهود حين تحملهم الشهادة فلذلك لو اخفى احد شخصين في محل وشاهدا احداً أقر لآخر بشيء فللشاهدين المذكورين أن يشهدا على اقرار المقر (لسان الحكام).

اسئلة وأجوبة ـ يرد على هذا التعريف اسئلة على ستة أوجه وسنبينها مع اجوبتها فيما يأتي: ـ

س(١): ان بلفظ حقه الوارد في التعريف تخرج الشهادة بالابراء من الدين فلذلك لا يكون التعريف جامعاً لأفراده. لأن الذي يشهد على الابراء يشهد على عدم الحق ولا يشهد بالحق؟

ج ـ أن شهادة الشاهد بقوله أن هذا الدائن قد ابرأ هذا المدين هي في الظاهر شهادة على عدم الحق إلّا أنها في الحقيقة هي اخبار عن حق المدين وهو سقوط حق الدائن عنه (البحر) والحق بالتعريف على هذه الصورة يكون شاملاً للحق الوجودي والعدمي.

س(٢): ان بلفظ حقه الوارد في التعريف يحصل تعريف الشهادة في حقوق العباد فلا يتناول حقوق الله كطلاق المرأة وعتق الأمة أو بتعبير آخر لا يشمل الشهادة الحسبية فلا يكون هذا التعريف جامعاً لافراده؟

ج ـ ان الشهادة المعرفة هي غير الشهادة الحسبية فعليه يجب خروج الشهادة الحسبية من هذا التعريف والتعريف للشهادة الشامل للشهادة الحسبية هو: الاخبار الصدق بلفظ الشهادة لاثبات الحق.

س(٣): أن بلفظ في حضور القاضي الوارد في التعريف تخرج الشهادة الواقعة في حضور المحكمة من التعريف ويكون التعريف غير جامع لافراده؟

ج ـ ان قيد في حضور القاضي ليس من متممات التعريف بل هو من شروط الشهادة وشرط الشيء هو خارج عن ذات الشيء (الشبلي).

س(٤): وبتعبير في مواجهة الخصمين الوارد في التعريف تخرج الشهادة التي يستمعها القاضي في الكتاب الحكمي في حضور الكاتب ومواجهة المدعي فقط من التعريف ويكون التعريف غير جامع لافراده؟

ج ـ بما أن القياس هو عدم جواز الكتاب الحكمي وتجويزه مبني على الاستحسان والتعريفات الشرعية تكون على وفق القياس (البحر) أي أن هذه الشهادة خارجة عن المعرف.

س(٥): ان لفظ الشهادة الواردة في التعريف مأخوذ من المشاهدة فتخرج الشهادة بالتسامع من التعريف لأن الاخبار الواقع في الشهادة بالتسامع ليس عن مشاهدة؟.

ج ـ ان جواز الشهادة بالتسامع استحساني أنظر شرح المادة (١٦٨٨) والتعريفات الشرعية تكون على وفق القياس (البحر).

س (٦): يستفاد من عبارة هي الاخبار الواردة في التعريف أن لفظ اشهد هي بمعنى الخبر وليس بقسم فما دام أن هذا اللفظ خبر فيجب ألا يكون حجة ملزمة. لأن الخبر يحتمل الصدق والكذب؟

ج ـ ان القياس هو أن الشهادة ليست بحجة ملزمة إلّا أن القياس المذكور قد ترك بالنصوص الشرعية وهي﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾والاجماع فرجح جانب الصدق في الخبر المذكور لاتصال القضاء به فاصبح حجة «الدرر والزيلعي».

المادة (١٦٨٥) ـ (نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان أو رجل وامرأتان لكن تقبل شهادة النساء وحدهن في حق المال فقط في المواضع التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها).

اشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي وقد ثبت على خلاف القياس لان رجحان صدق قول الشاهد بعدالته وليس بعدده حتى أنه لا يرجح راوي الاخبار بكثرة الرواية ما لم تبلغ حد التواتر فعلى ذلك يكون اشتراط العدد في الشهادة آية (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) وأمثالها من الآيات البينات والاحاديث النبوية (الزيلعي).

إن اعتبار المرأتين بمقام رجل واحد هو أن النساء بسبب نسيانهن الزائد ينقصهن الضبط وحفظ الوقائع فلذلك ضمت شهادة امرأة أخرى لاكمال هذا النقصان. وبما أن العقل بالملكة أو بالفعل ناقص عند النساء فلا ينصبن والياً أو أميراً (تكملة رد المحتار).

فلذلك لو كانت النساء جزءاً في الشهادة فيستشهدن في حضور القاضي معاً ولا يجب استشهادهن متفرقات أي أن لا تستشهد إحدى المرأتين في حضور القاضي حالة أن الأخرى خارجة عن مجلس القاضي حتى أنه قد ذهب الإمام الشافعي وامرأة لاداء الشهادة في حضور القاضي فأمر القاضي بالتفريق بينهما فقالت المرأة للقاضي، لا يحق لك ذلك وتلت عليه الآية الكريمة﴿وان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى﴾فخجل القاضي. ومع أنه من المستحب للقاضي أن يفرق بين الشهود إذا اشتبه فيهم إلا أنه يفهم من هذا الكلام أنه يجب أن يستثني النساء في التفريق بين الشهود. وأما في الملتقط من الحكاية المذكورة فليس صريحاً في أن المذهب عندنا عدم التفريق في شهادة النساء إذا ارتاب القاضي (الحموي).

ويستفاد من هذه الفقرة أربعة أحكام:

الحكم الأول: يفهم من ذكر حقوق العباد بصورة مطلقة أن الحقوق المذكورة سواء كانت

مالاً، ولو أن المال ضمن الحد، أو من توابعه أو لم تكن مالاً. أنظر المادة (٦٤).

المال. الوصية واستهلال الصبي للإرث، والقتل الخطأ، والقتل الذي لا يوجب القصاص بل يستلزم الدية، وقطع العضو، وتعطيل العضو؛ والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي، والبيع والإجارة والهبة وما ماثل ذلك.

مثلاً إذا ادعى المدعي ديناً بعشرة دنانير فشهد أحد الشاهدين على العشرة دنانير، وشهد الشاهد الآخر أنه كان للمدعي في ذمة المدعى عليه عشرة دنانير إلا أن المدعى عليه قد ادى تلك العشرة دنانير أو أنه أدى أربعة دنانير منها فتقبل الشهادة و يحكم على المدعى عليه بالعشرة دنانير. لأنه لا يوجد على الأداء إلا شاهد واحد فلم يحصل نصاب الشهادة وأنه يحكم بالعشرة دنانير على هذا الوجه هو في حالة قول المشهود له أن الشاهد متوهم في شهادته على الاداء، أما إذا قال إن شهادته على العشرة دنانير حق وشهادته على الاداء باطلة فلا تقبل لأنه يكون قد نسب الفسق إلى شاهده (الولوالجية في الفصل الثالث من الشهادات والزيلعي).

كذلك لو ادعى أحد الوكالة عن غائب وشهد الشاهدان على وقوع التوكيل له إلا أن أحدهما قال في شهادته أن الموكل قد عزله عن الوكالة فتقبل الشهادة على الوكالة ويحكم بموجبها ولا يثبت العزل بشهادة الفرد (الهندية).

توابع المال. كالاجل وشرط الأجل وما ماثله «منلامسكين».

مثال للمال ضمن الحدود، لو ادعى المدعي قائلاً: قد سرق المدعى عليه كذا درهماً البالغ نصاب السرقة من مكان محرز وانكر المدعى عليه وشهد على دعوى المدعي رجل وامرأتان فيحكم على المدعى عليه بضمان المسروق ولا يجري بحقه حد السرقة حيث أنه لا تقبل شهادة النساء على الحدود «علي أفندي».

مثال للوصية: إذا ادعى المدعي قائلاً: إن فلانا المتوفي قد أوصى لي بثلث ماله وأقام شهوداً رجلاً وامرأتين كان صحيحاً.

مثال لاستهلال الصبي للإرث: إذا ادعت المرأة التي مات ولدها أثناء الوضع أن ولدها وضع حياً حتى أنه بكي فأطلب اعطائي حصة من حصته الموروثة عن أبيه المتوفي وأقامت شهوداً رجلاً وامرأتين كان صحيحاً.

مثال لتعطيل العضو: إذا ادعى المدعي قائلاً: إن المدعى عليه قد اوقعني على الأرض وهو يعاركني فكسر يدي وقد تعطلت يدي عن العمل بعد البرء وأقام شهوداً رجلاً وامرأتين فيقبل منه الإثبات (علي أفندي).

مثال لما ليس بمال. النكاح، فسخ النكاح، الطلاق، الرضاع؛ الوكالة، الايصاء؛ الأصبع الزائد وعيوب النساء الممكن اطلاع الرجال عليها «علي افندي والجوهرة وابو السعود».

الحكم الثاني: عدم قبول شهادة النساء إذا لم يكن بينهن رجل ولو كُن اربعاً أو ازيد؛ كي لا يكثر خروجهن «البحر والنتيجة».

الحكم الثالث: عدم ثبوت شيء بشاهد واحد فلذلك لا يحكم بشهادة شاهد واحد ويحلف اليمين معاً، «الخيرية والنتيجة» أما الإمام الشافعي فقد اجتهد في جواز الحكم بشاهد واحد مع اليمين. وقد حكم على هذا الوجه قبلاً معاوية ولم يحكم أحد قبل معاوية على هذا الوجه لعدم مساس الحاجة. مثلاً إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن اقامة شاهد آخر يوجه اليمين على المدعي فإذا حلف يحكم له وإذا نكل فلا يحكم له «مجمع الأنهر».

الحكم الرابع: ويحترز بتعبير حقوق العباد من الحدود والقود لأن نصاب الشهادة في حد الزنا أربعة رجال ولا تقبل شهادة النساء فيها كما أن نصاب الشهادة في بعض الحدود الأخرى كالسرقة والقذف واللعان وشرب الخمر رجلان ولا تقبل شهادة النساء فيها.

مستثنى: يقبل في المسائل الآتية الذكر الشهادة الواحدة والاخبار الفرد وهي:

١ - تقبل شهادة المعلم والأستاذ الواحد في الوقائع التي تحصل بين الصبيان في المدرسة أو محل الحرفة (القهستاني والدر المختار وابي السعود).

٢ - في ترجمة كلام الشاهد والخصم.

٣ - في التزكية السرية.

٤ - في الرسالة من القاضي إلى المزكي ومن المزكي إلى القاضي.

٥ - في تقويم المتلف.

٦ - في اخبار افلاس المفلس بعد حبسه من طرف القاضي مدة.

٧ - يقبل اخبار الواحد في ادعاء حمل زوجة المتوفي (الدر المختار ورد المحتار والتكملة) وبتعبير آخر إذا ادعت زوجة المتوفي أنها حامل فتجري معاينتها من طرف امرأة أو امرأتين ثقاة فإذا شوهد علامات الحمل فيها يوقف من الميراث حصة الحمل.

لكن تقبل شهادة النساء وحدهن أي بدون شهادة رجل في حق المال[1] فقط في المحال التي لا يمكن إطلاع الرجال عليها [2] لأنه قد جاء في الحديث الشريف (أن شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه).

(١) يحترز من القصاص والقود.

(٢) اعراس النساء ليست من المحال التي يمكن إطلاع الرجال عليها (علي أفندي).

مراتب الشهادة. للشهادة أربع مراتب:

١ ـ الشهادة في حد الزنا. والنصاب فيها أربعة رجال ولا تقبل شهادة النساء فيها مطلقاً لا قسماً ولا كلا.

٢ ـ الشهادة على بقية الحدود كالقصاص. ونصاب الشهادة فيه رجلان ولا تقبل شهادة النساء.

٣ ـ الشهادة على سائر الحقوق، ونصاب الشهادة في ذلك رجلان أو رجل وامرأتان.

٤ ـ الشهادة في المواضع التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها فتقبل شهادة امرأة واحدة.

إيضاح القيود:

في حق المال وتعبير في حق المال وان يكن للإحتراز من القصاص والقود إلا أنه ليس للاحتراز من المواضع الآتية إذ تقبل شهادة النساء بدون رجل في المسائل الآتية:

١ ـ استهلال الصبي للصلاة.
٢ ـ البكارة.
٣ ـ عيوب النساء في المواضع التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها.
٤ ـ الولادة.
٥ ـ الإرث.
٦ ـ في دية القتل الواقع في الحمام.

ويذكر تفصيل ذلك على الوجه الآتي:

١ ـ استهلال الصبي للصلاة: والاستهلال هو الشيء الذي يعلم به حياة الولد كصوت الصبي وحركته وأمثالها (شرح المجمع والبزازية في ٣ من الشهادة).

فعليه إذا شهدت امرأة أن الولد ولد حياً وأنه استهل ثم مات فيجهز ذلك الولد ويكفن ويصلى عليه صلاة الجنازة.

٢ ـ البكارة: إذا شهد النساء على بكارة عروس فبعد ما يؤجل زوجها العنين سنة واحدة فإذا وجدت بكراً بعد ذلك يفرق القاضي بينهما (البحر).

٣ ـ عيوب النساء: ان القرن والرتق والحبل هي من عيوب النساء التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها (ابن عابدين على البحر) فلذلك إذا شهد النساء على أن الجارية التي اشتريت على كونها بكراً هي ثيب تقبل شهادتهن ويحلف البائع فإذا نكل ترد إليه (البحر).

٤ ـ الولادة: إذا شهدت امرأة حرة عادلة على ولادة الزوجة لولد فتقبل شهادتها وتثبت الولادة حتى أن الزوج لو نفى الولد بعد ذلك فيجب اللعان لتمام النفي (القهستاني في النسب).

فلذلك لو أشارت الزوجة إلى ولد وقالت لزوجها ان هذا الولد منك وأنكر الزوج ولادة الزوجة لذلك الولد فلا يقبل قول الزوجة المجرد بل يجب شهادة قابلة وشهادة قابلتين احوط. فإذا شهدت القابلة على ولادة الزوجة المذكورة يثبت نسب الولد من الزوج ما لم يجر اللعان (الانقروي في النسب بزيادة) ففي هذه المواضع الأربعة تقبل شهادة النساء بالاتفاق ولا يشترط في جميعها الشهادة (الجوهرة).

٥ ـ الإرث: تقبل شهادة النساء في الإرث أي في المال على استهلال الصبي عند الامامين والائمة الثلاثة وقد جاء في البهجة أنه قد افتي من مشائخ المسلمين بعدم جواز شهادة النساء على استهلال الصبي في حق الإرث إلا أن ابن كمال قد بين أن قول الإمامين هو الأرجح وقد قبلت المجلة ذلك لأن صوته يقع عند الولادة وعندها لا تحضر الرجال فكان كشهادتهن على نفس الولادة (الشبلي).

٦ ـ إذا شهدت النساء على القتل الذي وقع في حمام النساء فتقبل شهادتهن في حق الدية حتى لا يذهب دم الإنسان هدراً ولا تقبل شهادتهن على القصاص (الحموي وأبو السعود المصري).

مثلاً، لو شهدت النساء فقط أن هذه المرأة قد قتلت فلانة في الحمام عمداً بآلة جارحة فيحكم على القاتلة بالدية ولا يحكم عليها بالقصاص.

النساء. قد ذكرت النساء بصيغة الجمع والاحوط أن يكن اثنتين أو أكثر لأن في شهادتهن معنى الالزام إلا أنه لا ينظر فيها إلى النصاب فتقبل شهادة امرأة واحدة لأن سقوط الذكورة في مثل هذه الشهادات هو لأجل تخفيف النظر بسبب نظر الجنس اخف ولهذا السبب والعلة قد سقط العدد أيضاً إلا أن الإمام الشافعي قد شرط أن يكون عددهن أربعاً (البحر).

أما السؤال الذي يرد على أن شهادة النساء قد وردت في الحديث الشريف بصيغة الجمع وأنه يجب لذلك ألا تقبل شهادة امرأة واحدة فهو غير وارد؛ لأن الجمع الذي فيه أداة التعريف يقصد فيه الجنس ولذلك فيتناول الأقل وهو الواحد (البحر).

شهادة الرجال في المواضع التي لا يمكن لهم الإطلاع عليها. إذا شهد رجل واحد على خصوص كالولادة فتقبل شهادته بطريق الأولى وقد بين بعض الفقهاء أنه يجب في هذه الصورة أن يبين الشاهد أنه قد رأى الولادة تصادفاً ومن غير قصد. أما إذا بين الشاهد بأنه نظرها تعمداً فحيث أنه يكون قد نظر إلى شيء محرم وممنوع فيكون فاسقاً ولا تقبل شهادته. أما عند بعض الفقهاء فتقبل شهادة الشاهد ولو ذكر بأنه نظر ذلك تعمداً ما دام الشاهد عادلاً لأنه يوجد ضرورة للنظر لاحياء الحقوق، وقد افتى في كتاب الفتوى المسمى بالنتيجة بهذا القول (رد المحتار والشبلي).

شهادة النساء. قد اختلف في شرط لزوم لفظ الشهادة في شهادة النساء فعند العراقيين لا يشترط لفظ الشهادة فيها لأن هذه الشهادة هي اخبار أي من قبيل المادة (١٦٨٩) أما سائر الفقهاء فقد بينوا أن قبول الشهادة في هذه المواضع يلزم فيها سائر شرائط الشهادة كالعقل والبلوغ

والعدالة كما أنه يلزم فيها أيضاً لفظ الشهادة وقد قبلت المجلة هذا القول الثاني لأنه القول الصحيح (الزيلعي وابي السعود).

المادة (١٦٨٦) - (لا تقبل شهادة الأخرس والأعمى).

الأصل في رد الشهادة: إن الشهادة ترد من أجل التهمة أما أسباب التهمة فهي:

أولاً: المعنى الموجود في الشاهد كعماه وفسقه فإذا كان الشاهد فاسقاً فلا يبالي بالكذب كما أنه إذا كان أعمى لا يطلع على الواقعة تماماً فيخطئ في شهادته.

ثانياً: المعنى الموجود في المشهود له وهو أن يكون بين الشاهد والمشهود له وصلة خاصة كقرابة الولاده والزوجية إذ يكون الشاهد في هذه الحال متهماً بالكذب مراعاة للمشهود له وتأميناً لمنافعه.

ثالثاً: الدليل الشرعي كأن يكون الشاهد محدوداً بالقذف.

فلذلك لا تقبل شهادة الأخرس والمجنون والمعتوه والصبي والمملوك وشديد الغفلة والمجازف في كلامه وبائع الأكفان والمحدود بحد القذف والمعروف بالكذب والبخيل والمخنث والمغني والمغنية والنائحة والمدمن على شرب المحرمات كالخمر واللاعب بالطنبور والشطرنج والمرتكب للكبائر من المحرمات والذي يظهر سب السلف والذي يعتاد سب أهله وعياله والأصل للفرع والفرع للأصل وأحد الزوجين للآخر والسيد للعبد ولمكاتبه وأحد الشريكين لشريكه في مال الشركة والعدو على العدو والذين يقفون في الطرق ويتفرجون على العابرين والمارين والأعمى (الكنز).

أما شهادة الأصم فتقبل إذا لم يكن صممه بدرجة لا يستطيع معها سماع شيئ. مثلاً إذا قال الأصم الذي شهد على إقرار أن المقر قد أقر بصوت عال فتقبل شهادته (أبو السعود العمادي).

إيضاح القيود. توضح كما يأتي:

الأخرس - لا تقبل شهادة الأخرس ولو بإشارته المخصوصة أو كتابته لأنه يشترط في الشهادة بإجماع الفقهاء قول أشهد أنظر المادة (١٦٨٢) والأخرس عاجز عن التلفظ بذلك (الشبلي والخانية فيمن لا تجوز شهادتهم).

الأعمى - لا تقبل شهادة الأعمى حتى في المسائل التي تجوز فيها الشهادة بالتسامع. لأن الشهادة متوقفة على التمييز بالإشارة حين الشهادة إلى المشهود له والمشهود عليه أنظر المادة (١٦٩٠) فالأعمى لا يستطيع التمييز إلا بالصوت والحال أن الصوت يمكن أن يشبه الصوت الآخر وأما الإمام مالك فقد قال بقبول شهادته مطلقاً كالبصير (الزيلعي والبحر والخيرية).

أما في المواضع الجائزة الشهادة فيها بالتسامع المبيّنة في المادة (١٦٨٨) فتجور شهادة الأعمى عند أبي يوسف وزفر ويوجد في البهجة فتوى بذلك. أما عند الطرفين فلا تجوز شهادة الأعمى أيضاً في هذه المواضع. والظاهر من إطلاق المجلة أنها اختارت مذهب الطرفين (البحر والشبلي والخيرية وأبو السعود المصري).

للشهادة أحوال خمس. إذا وجد العمى في أي حال من الأداء والقضاء فهو مانع للقضاء أي مانع للحكم بموجب تلك الشهادة وبتعبير آخر:

أولاً: إنه لا تقبل شهادة الأعمى الذي هو أعمى وقت التحمل ووقت الأداء.

ثانياً: لا تقبل شهادة الأعمى وقت التحمل والبصير وقت الأداء.

ثالثاً: لا تقبل شهادة البصير وقت التحمل والأعمى وقت الأداء (الزيلعي وأبو السعود).

رابعاً: لا تقبل شهادة الأعمى وقت القضاء فلذلك إذا شهد أحد وهو بصير وقبل أن يحكم القاضي طرأ عليه عمى فتبطل شهادته عند الطرفين ولا يجوز للقاضي أن يحكم بها والصحيح والمفتي به وظاهر الرواية هو هذا. والحكم على هذا المنوال أيضاً في سقوط أهلية الشهادة بصور أخرى فلذلك إذا طرأ على الشاهد خرس أو جنون أو فسق أو زوجية فتبطل الشهادة ولا يجوز الحكم بها (البزازية فيمن تقبل شهادته ومن لا والخيرية) لأن المراد بعدم قبولها عدم القضاء بها، لأن قيام أهليتها شرطاً وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف موت الشاهد وغيبته لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت وبقيت على حالها والأهلية تستقر بالموت ولا تبطل والشيء بانتهائه يتقرر بخلاف الغيبة لأنها لا تنافي الأهلية.

مثلاً لو شهد أحد لامرأة ثم تزوج بها قبل الحكم فتبطل شهادته وبتعبير آخر ليس للقاضي أن يحكم بتلك الشهادة (أبو السعود المصري والبحر والزيلعي).

أما عند الإمام الثاني إذا طرأ على الشاهد عمى بعد إيفاء الشهادة فيحكم بشهادته لأن العمى حالة قد طرأت بعد الشهادة فلا تمنع الحكم كما أنه لو مات الشاهد بعد الشهادة والحكم أو غاب أو جن أو طرأ عليه عمى فلا تبطل الشهادة. وقد استظهر صدر الشريعة هذا القول (الشبلي والبحر وتعليقات ابن عابدين عليه).

خامساً: الذي تحمل الشهادة وهو بصير ثم طرأ عليه عمى ثم أصبح بصيراً فتقبل شهادته بعد أن يصبح بصيراً إذا كان عادلاً.

المجنون والصبي ـ لا تقبل شهادتهما لأن الشهادة من باب الولاية ففيها معنى إلزام الغير والحال أن المجنون والصبي ليس لهما ولاية على أنفسهما وبطريق الأولى ألّا تكون لهما ولاية على الغير. أما إذا جن الشاهد يوماً أو يومين أو أقل من ذلك ثم فاق وأصبح تام الشعور فتقبل شهادته لأن ذلك يكون في منزلة الإغماء والإغماء غير مانع للشهادة (البحر والزيلعي).

كذلك لا تقبل شهادة الصبيين على الوقائع التي تحصل في مواضع اللعب أما إذا تحمل الصبي الشهادة وهو مميز ولم تقبل شهادته بسبب صباه ثم بعد البلوغ شهد في تلك الدعوى فتقبل شهادته. أنظر المادة (٢٤) لأن المردود ليس بشهادة (الشبلي).

المعتوه ـ لا تقبل شهادة من كان في سن التسعين وشهادة المعتوه (النتيجة والبهجة).

المملوك ـ لا تقبل شهادة المملوك سواء كان قناً أو مكاتبـا أو مديراً أو أم ولد أو مبعضاً أي معتق البعض أو معتقاً في المرض في زمن سعايته. فلذلك لو حكم القاضي بشهادة اثنين ثم ظهر بأنهما رقيقان فيبطل الحكم وهي مسألة ظهور خطأ القاضي حتى لو أن القاضي حكم بالبيّنة بوكالة أحد ثم بعد أن استوفى الوكيل ديون موكله ظهر بأن الشهود على الوكالة أرقاء فتبطل الوكالة ويصبح استيفاء الوكيل غير صحيح ولا يبرأ المدين من دينه. أما إذا حكم القاضي بالبيّنة بوصاية أحد ثم ظهر أن الشهود أرقاء فيكون الاستيفاء صحيحاً ويبرأ الغرماء من دينهم. والفرق أنه لكونه دفعوا له دين الميت بإذن القاضي وان لم يثبت الإبصاء بمنزلة اذنه لهم في الدفع إلى أمينه بخلاف الوكالة إذ لا يصح اذنه للغريم بدفع دين الحي إلى غيره فعلى هذا ما يقع الآن كثيراً من تولية شخص ناظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وبيع ثم ظهر أنه بغير شرط الواقف أو أن إنهاءه باطل ينبغي أن لا يضمن لأنه تصرف بإذن القاضي كالوصي (البحر وتعليقات ابن عابدين عليه).

أما إذا شهد مملوك في دعوى ولم تقبل شهادته لرقه فتقبل شهادته بعد العتق على تلك الدعوى أنظر المادة (٢٤).

إذا شهد شاهد في دعوى فإذا لم يطعن المشهود عليه فيه بأنه مملوك فلا حاجة لتدقيق وإثبات حرية الشاهد أما إذا طعن المشهود عليه بكون الشاهد مملوكاً فعلى المشهود له أن يثبت حرية الشاهد ولا يجبر المشهود عليه أن يثبت مملوكية الشاهد. أما إذا طعن المشهود عليه في الشاهد بأنه محدود بالقذف أو شريك للمدعي فيجب على المشهود عليه إثبات طعنه هذا.

شديد الغفلة ـ لا تقبل شهادة شديد الغفلة الذي يخاف منه أنه تلقن المشهود به وشهد بناء على تلقينه (الخانية) ولو كان عدلاً لأنه شر من الفاسق والمروى عن الإمام أبي يوسف أنه قال (انا لنرد شهادة أقوام نرجو شفاعتهم يوم القيامة) وقد قصد بقوله هذا شهادة المغفلين (الولوالجية في الفصل الثالث من الشهادات).

بائع الأكفان ـ لا تقبل شهادة من يترصد بيع الأكفان لأنه يتمنى كثرة الموت بالطاعون والأمراض السائرة الأخرى. أما الذي لا يشتغل ببيع الأكفان خاصة بل يبيع الأشياء المتعلقة بالملبوس ويوجد منها ما يصلح للأكفان أيضاً ويشتري منه الكفن عند الإيجاب فتقبل شهادته (الزيلعي).

المجازف في كلامه ـ لا تقبل شهادة المجازف في كلامه حتى أن الفضل ابن الربيع من وزراء العباسيين قد شهد في حضور الإمام أبي يوسف في قضية ورد الإمام شهادته ولما سئل الإمام عن سبب رد شهادته قال: إن هذا الشخص كان يخاطب شخصاً «الخليفة» في مجلس قائلاً: له عبدكم فإذا كان صادقاً بكونه عبداً فلا تقبل شهادته وإذا كان كاذباً فلا تقبل شهادة الكاذب.

المحدود في القذف ـ لا تقبل شهادته ولو تاب لأنه قد ورد في الآية﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ورد شهادتهم هو من متممات الحد والاستثناء مصروف إلى ما يليه وهو قوله تعالى﴿وأولئك هم

الفاسقون﴾ (أبو السعود) أما شهادة المحدود بحد غير حد القذف كالسرقة مثلاً فهي مقبولة بعد التوبة إذا كان عادلاً. لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة (البحر) أنظر المادة «٢٤» أما عند الإمام الشافعي فتقبل شهادة المحدود بالقذف بعد التوبة. لأنه يرى أن استثناء﴿إلّا الذين تابوا﴾ مصروفة إلى جملة ﴿لا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾وإلى جملة (وأولئك هم الفاسقون﴾(الزيلعي).

المعروف بالكذب ـ إذا كان أحد معروفاً ومشتهراً بالكذب فلا تقبل شهادته ولو تاب حيث لا يعلم صدقه بعد ذلك «أبو السعود والبحر» والكذب مهجور عند كل الأقوام ومعاب «شرح البخاري للعيني قبيل كتاب الإقامة».

البخيل ـ لا تقبل شهادة من يبخل في الزكاة وفي نفقة الزوجات والأقارب «الزيلعي».

المخنث ـ بفتح النون عرفا الشخص الذي يباشر أفعال النساء الرديئة[1].

المغنية ـ وهي التي تغني للناس سواء لنفسها أو للهو أو لجمع المال فلا تقبل شهادتها. لأنه يحرم على النساء رفع صوتهن[2].

وكذلك من يجمع الناس حوله فيغني لهم ويسليهم لا تقبل شهادته لأنه يجمع الناس على الكبيرة ولا يخلو عادة من ارتكاب الكبيرة بالمجازفة والكذب، أما إذا غنى أحد بنفسه لإزالة الوحشة فلا بأس في ذلك ولا تسقط عدالته عند بعض العلماء فتقبل شهادته «البحر وتعليقات ابن عابدين عليه والزيلعي».

النائحة ـ لا تقبل شهادة النائحة التي تنوح في مصيبة غيرها سواء أكان فعلها هذا مقابل مال وأجرة أو كان بلا أجرة «منلا مسكين» لارتكابها الحرام طمعاً في المال. وتقبل شهادة النائحة في مصيبتها لاضطرارها وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوي «أبو السعود والبحر».

مدمن الشرب ـ لا تقبل شهادة مدمن شرب المحرمات لغير التداوي[3].

الضارب بالطنبور ـ لا تقبل شهادة الضارب بالطنبور. لأن الضرب بالطنبور لعب «الزيلعي».

---

(١) وهو الذي يتزين بزينة النساء والذي يكون في الفعل مثل كونه محلاً للواطة. وفي القول مثل تليين كلامه باختياره تشبيهاً بالنساء فيطلق عليه مخنث «البحر» أما المتكسر المتلين في كلامه خلقة فتقبل قال ص. ع «لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء» «الزيلعي ورد المحتار والبحر».

(٢) لنهيه عليه السلام عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية أي صوت النائحة والمغنية ووصف الصوت بوصف صاحبه «البحر والشبلي» وينبغي تقييده بمداوتها عليه ليظهر عند القاضي كما في مدمن الشرب على اللهو «أبو السعود».

(٣) اعلم أن الإدمان بالفعل أو بالنية قولان محكيان في تفسير الإصرار على الصغيرة لكن ابن كمال يميل إلى ترجيح الإدمان بالفعل لا بالنية لأن الإدمان بالنية أمر خفي لا يصلح أن يكون مداراً لعدم قبول الشهادة «أبو السعود ملخصاً والبحر ولسان الحكام».

الإدمان شرط في الخمر أيضاً في حق سقوط العدالة «أبو السعود وفيه تفصيل».

مرتكب الكبيرة ـ لا تقبل شهادة مرتكب الكبيرة. لأن مرتكبها لا يبالي بالكذب وقد ذكرت الأقوال المختلفة في الكبيرة في الزيلعي والبحر ولسان الحكام وشرح الجلال.

وقد نقل عن الحلواني أنه ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين فهو كبيرة وكذا الإعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر (الزيلعي بتغيير ما).

الذين يدخلون الحمام بدون إزار ـ فإذا اتخذ هؤلاء ذلك عادة فلا تقبل شهادتهم، لأن كشف العورة حرام. وقد ورد في الحديث (لعن الناظر والمنظور) لأن إظهار العورة بين يدي الناس كبيرة فإذا لم يبال بذلك كان فاسقاً (الولوالجية في الفصل التاسع من الشهادات والزيلعي والشبلي).

ارتكاب الأفعال المخالفة للمروءة ـ لا تقبل شهادة مرتكب الأفعال المخلة بالمروءة باتفاق الأئمة ولو كانت تلك الأفعال غير محرمة كالسير في الطرق ومجامع الناس بالقميص فقط ومد الرجلين عند الناس وكشف الرأس في المواضع التي يعد كشف الرأس فيها مخالفاً للعادة وإساءة الأدب، والأكل والبول في الطريق على مرأى من الناس وكشف العورة في جانب البركة للاستنجاء وسرقة اللقمة والإفراط في المزاح بدرجة تؤدي إلى الاستخفاف وصحبة الأراذل والاستخفاف بالناس واعتياد الصياح في الأسواق (البحر والزيلعي والشبلي).

آكل الربا ـ لا تقبل شهادة آكل الربا لأنه من الكبائر. وشرط في الأصل أن يكون مشهوراً به وذلك بالإدمان لأنه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الإدمان، لأن التحرز عنه ممكن ولأنه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط فيه الإدمان (الزيلعي).

لاعب النرد (الطاولة) ـ لا تقبل شهادة لاعب النرد أو التارك للصلاة بسبب لعبه به، لأن كل ذلك فسق كما أنه لا تقبل شهادة من يحلف كثيراً أثناء لعبه به، لأن جميع ذلك من الكبائر وإن يكن أن اللعب بالنرد ليس من المنهيات كالميسر إلا أنه يوجب رد الشهادة حيث قد ورد في الحديث الشريف (ملعون من يلعب بالنرد) وقد حرم النرد بالإجماع (الزيلعي والشبلي). أما الشطرنج فقد عده الإمام الشافعي والمالكي مباحاً وأصبح محل اجتهاد وعليه فاللعب به فقط لا يسقط العدالة. أما إذا تركت الصلاة بسببه أو وجد فيه يمين كاذب أو ميسر فحينئذ يسقط العدالة ويوجب رد الشهادة (الزيلعي والشبلي) كذلك اللغب بالشطرنج على الطريق أو ذكر الفسق حين اللعب أو الدوام على الشطرنج مسقط للعدالة «أبو السعود».

إظهار سب السلف ـ كذلك لا تقبل شهادة من يظهر سب السلف. لأن ذلك دليل على قصور عقله وقلة مروءته والذي لا يمتنع عن ذلك لا يمتنع عادة عن الكذب (الزيلعي)[1].

(١) بخلاف من يخفيه فإنه فاسق مستور (العيني) قيدنا بالسلف تبعاً لكلامهم وإلا فالأولى أن يقال سب مسلم لسقوط العدالة بسبب المسلم وإن لم يكن من السلف والسلف هو الصدر الأول من الصحابة والتابعين كأبي حنيفة وأصحابه والخلف بالفتح من بعدهم في الخير وبالسكون في الشر (رد المحتار والزيلعي).

من يسب أهله وعياله ـ إذا سب أحد أهله وعياله فإذا وقع هذا السب منه أحياناً فلا يكون مسقطاً للعدالة، لأنه لا يخلو الإنسان إلا نادراً من ذلك أما إذا اعتاد للسب فتسقط عدالته ولا تقبل شهادته (الولوالجية في الفصل التاسع من الشهادات).

شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل وأحد الزوجين للآخر ـ غير جائزة انظر المادة (١٧٠٠).

السيد لعبده ومكاتبه ـ لا تقبل شهادة السيد لعبده ومكاتبه، لأن العبد إذا لم يكن مديناً تكون الشهادة من كل وجه لنفس السيد وإذا كان مديناً تكون من وجه لنفس السيد. لأن الحال موقوف (البحر). أما شهادة المعتق لمن أعتقه فجائزة إذا لم يكن أجيره الخاص وبالعكس لعدم التهمة وقد شهد قنبر والحسن لعلي عند شريح وقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق علي (الزيلعي).

أحد الشريكين لشريكه في مال الشركة ـ شهادته غير جائزة انظر المادة (١٧٠٠).

لا تقبل شهادة العدو لأجل الدنيا على عدوه (أما الشهادة له فجائزة) لأنه لما كانت المعاداة لأجل الدنيا محرمة فلا يؤمن من يرتكب ذلك من أن لا يشهد كذباً على عدوه (البحر) انظر المادة (١٧٠٢).

كما أنه لا تقبل شهادة العدو أيضاً على غير الشخص الذي عاداه لأن العداوة فسق والفسق لا يقبل التجزئة (أبو السعود) وكان يجب لهذا عدم جواز شهادة العدو لعدوه.

أما حكم العدو على العدو فجائز، والفرق بين الحكم والشهادة هو أنه لما كانت أسباب الحكم ظاهرة فالتهمة فيه منتفية وأما أسباب الشهادة فلما كانت خفية ففيها تهمة (الشبلي).

الذين يجلسون على الطريق ـ لا تقبل شهادة الذين يجلسون على الطريق للتفرج على المارين والعابرين ويشغلون حق العامة لأن الطريق التي هي حق العامة لم تعد لجلوس الناس؛ فلذلك لو جلس أحد على الطريق العام وسقط عليه شخص فمات ذلك الشخص يضمن الجالس على الطريق (الولوالجية في الفصل التاسع من الشهادات).

الشهادات غير المقبولة هي:

١ ـ الشهادة خارج مجلس المحاكمة.
٢ ـ الشهادة سماعاً.
٣ ـ الشهادة بلفظ أعرف الشيء الفلاني على هذا الوجه.
٤ ـ الشهادة في حقوق الناس بلا سبق دعوى.
٥ ـ الشهادة خلاف المحسوس.
٦ ـ الشهادة خلاف المتواتر.

٧ ـ الشهادة على النفي.
٨ ـ شهادة أحد الصديقين الذين هما بدرجة أن يتصرف أحدهما في مال الآخر لبعضهما.
٩ ـ شهادة المدعي لنفسه.
١٠ ـ شهادة الشاهد على فعل نفسه.
١١ ـ شهادة الشاهد غير العادل.
١٢ ـ شهادة الكفيل بالمال على أداء المكفول به من الأصيل.
١٣ ـ الشهادة الموجبة للتناقض (البهجة).
١٤ ـ الشهادة من أحد الرعايا الأجنبية على أحد الرعية.
١٥ ـ الشهادة الغير الموافقة للدعوى.
١٦ ـ الشهادة التي يختلف الشهود في السبب فيها.
١٧ ـ الشهادة بأكثر من المدعى به.
١٨ ـ الشهادة بالملك المطلق مع أن الدعوى بملك مقيد.
١٩ ـ الشهادة المخالفة للدعوى في سبب الدين أو في سبب العين المدعى بها.
٢٠ ـ الشهادة التي يختلف الشهود فيها بالمشهود به.
٢١ ـ الشهادة المتعلقة بالمشهود به والموجبة للإختلاف في المشهود به.
٢٢ ـ الإختلاف في الشهادة بين الشهود في لون المال المغصوب أو في كونه ذكراً أو أنثى.
٢٣ ـ الشهادة الذي يختلف فيها في مقدار البدل في دعوى العقد.
٢٤ ـ الشهادة التي يكلف الشاهد فيها لدى الإيجاب على الحلف ويمتنع عن حلف اليمين.

قاعدة في قبول أو عدم قبول الشهادة بعد الرد:

إذا كان المردود هي الشهادة فلا تقبل هذه الشهادة أبداً ولو تكررت وأعيدت فلذلك إذا ردت شهادة أحد الزوجين أو الأجير أو المغفل أو المتهم أو الفاسق أو الذي يقوم بأعمال مخلة بالمروءة فلا تقبل شهادته في حضور ذلك القاضي أو في حضور قاض آخر. مثلاً إذا ردت شهادة الزوج لزوجته ثم وقع الطلاق بينهما وانقضت العدة ثم شهد الزوج في عين الدعوى في حضور ذلك القاضي أو حضور قاض آخر فلا تقبل شهادته (البهجة).

كذلك إذا ردت شهادة المولى لعبده ثم بعد ردها أعتق عبده وشهد ثانياً في تلك الدعوى فلا تقبل شهادته (البحر) لأن المردود هي الشهادة وأن العودة إلى قبولها يتضمن نقض الاجتهاد بالإجتهاد انظر المادة (١٦) (الشبلي). أما إذا كان المردود ليس هو الشهادة فتقبل شهادة الشاهد عند اجتماع الشرائط فلذلك إذا كان رد الشهادة لأسباب كعدم موافقة الشهادة للدعوى أو لعدم ذكر لفظ الشهادة فتقبل شهادة الشاهد ثانية في تلك الدعوى إذا شهد شهادة موافقة للأصول ومراعياً شرائط الشهادة.

ويستثنى من هذا الأصل المسائل الآتية:

المسألة الأولى: إذا شهد المملوك لأحد فردت شهادته لرقه فشهد بعد الإعتاق في تلك الدعوى تقبل شهادته.

المسألة الثانية: إذا ردت شهادة الأعمى ثم أصبح بصيراً وشهد بعد ذلك في تلك الدعوى تقبل شهادته.

المسألة الثالثة: إذا ردت شهادة الصبي ثم شهد بعد البلوغ في تلك الدعوى تقبل شهادته.

الفصل الثاني

في بيان كيفية أداء الشهادة

المادة (١٦٨٧) - (لا تعتبر الشهادة التي تقع في خارج مجلس المحاكمة).

والشرط العائد للمكان في الشهادة هو كونها في مجلس القاضي فلذلك لا تعتبر الشهادة التي تقع في خارج مجلس المحاكمة (الدر المختار).

مثلاً لو أقام المدعي شاهدين في حضور القاضي بأن فلاناً وفلاناً قد شهدا على مدعاه في الموضع الفلاني لا تقبل.

وتعبير، مجلس المحاكمة، يشمل مجلس المحكم إلا أنه يوجد فرق بين مجلس القاضي وبين مجلس المحكم وهو أن مجلس القاضي يتقيد بالمحل الذي تحت ولاية القاضي انظر المادة (١٨٠١) أما مجلس المحكم فليس كذلك فيعتبر أي محل يحكم فيه المحكم مجلس حكم (أبو السعود).

المادة (١٦٨٨) - (يلزم أن يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به وأن يشهدوا على ذلك الوجه ولا يجوز أن يشهد بالسماع يعني أن يشهد الشاهد بقوله سمعت من الناس. ولكن إذا شهد بكون محل وقفاً أو بوفاة أحد على التسامع يعني بقوله أشهد بهذا لأني سمعت من ثقة هكذا تقبل شهادته. وتجوز شهادة الشاهد في خصوص الولاية والنسب والوقف والموت بالسماع من دون أن يفسر السماع أي بدون أن يذكر لفظ السماع مثلاً. لو قال أن فلاناً كان في التاريخ الفلاني والياً أو حاكماً بهذا البلد، وأن فلاناً مات في وقت كذا او أن فلاناً هو ابن فلان أعرفه هكذا فشهد بصورة قطعية من دون أن يقول سمعت تقبل شهادته

وإن لم يكن قد عاين هذه الخصوصات وإن لم يكن سنه مساعداً لمعاينة ما شهد به وأيضاً إذا لم يقل سمعت من الناس بل شهد قائلاً: بانا لم نعـاين هذا الخصوص لكنه مشتهر بيننا بهذه الصورة نعرفه هكذا تقبل شهادته).

يلزم أن يكون الشهود قد عاينوا المشهود به بالذات بالسمع أو البصر وأن يشهدوا على هذا الوجه يعني أن تحمل الشاهد للشهادة يجب أن يكون عن معاينة للمشهود به بالذات بالعين أو بالأذن. أما إذا لم يره بالذات وأخبره إثنان أو جمع رأوه بالذات فليس له تحمل الشهادة في ذلك وأن يشهد بناء على ذلك التحمل (البحر والشبلي بزيادة) فإذا شهد كان شاهد زور كما أنه إذا شهد وأعلم القاضي بأنه لم يعاين المشهود به بالذات فالقاضي يرد شهادته لأن الشهادة مبنية على المشاهدة والمعاينة لأنه قد ورد في الحديث الشريف (إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع) ولا يشترط حين التحمل أن يرى الشاهد المشهود عليه فلذلك للشهود الذين أخفوا عن المقر أن يشهدوا عليه إذا سمعوا إقراره. وهكذا يفعل بالظلمة. انظر المادة (١٦٨٤).

المعاينة على نوعين:

النوع الأول: معاينة السبب الموضوع للملكية.

النوع الثاني: معاينة دليل الملكية أي وضع اليد. انظر شرح عنوان الفصل الأول من الباب الأول.

وتعبير معاينة يشمل المرئيات كالبيع بالتعاطى والإقرار بالكتابة[1] والإجارة بالتعاطي وحكم القاضي الفعلي والقتل كما أنه يشمل المسموعات كالبيع بالإيجاب والقبول وكحكم القاضي القولي والنكاح والوقف (الشبلي).

فإذا علم الشاهد ذلك بالمعاينة فله أن يشهد به في الأحوال الثلاثة الآتية وهي قول المشهود عليه للشاهد لا تشهد علي، أو اشهد علي؛ أو سكت.

أما في حالة سكوت المشهود عليه فيجب على الشاهد أن يشهد بعلمه وليس له أن يقول أن المشهود عليه قد أشهدني، لأن هذا القول يكون كذباً وشهادة الكاذب غير مقبولة (الشبلي).

أما في الشهادة على الشهادة فليس لشهود الفرع الشهادة ما لم يشهدوا من شهود الأصل (البحر) انظر شرح المادة (١٧١٥).

الشهادة في بيع التعاطي ـ للشاهد في ذلك أن يشهد قائلاً: ان هذا المدعي قد باع هذا المال من المدعى عليه بكذا وإن شاء يشهد على الأخذ والإعطاء يعني أن يشهد قائلاً: ان المدعي قد سلم هذا المال للمدعى عليه مقابل هذه العين وان المدعى عليه قد سلم تلك العين للمدعى عليه (الزيلعي).

(١) بناء على ما قاله النسفي وفي البحر تفصيل ذلك.

الشهادة على الإقرار - إذا اشترى أحد مالاً من زيد ثم ادعى بعد الإشتراء أن فيه عيباً قديماً فلم يثبت وباع ذلك المال لآخر وادعى المشتري العيب القديم وأنكر البائع ذلك فللشهود الذين استمعوا مخاصمته مع زيد وسمعوا إقراره بالعيب أن يشهدوا على العيب (الشبلي والزيلعي).

الشهادة في المعاوضات:

الشهادة على الإيجاب في المعاوضات كالبيع والإجارة والنكاح وما ماثلها شهادة على القبول أيضاً؛ مثلاً لو شهد الشهود أن الأب زوج ولده الصغير ولم يذكر الشهود قبول الطرف الآخر تقبل شهادتهم أما الشهادة على الإيجاب في العقود التي لم تكن من المعاوضات كالهبة فليست شهادة على القبول، مثلاً لو شهد الشهود على الهبة ولم يذكروا القبول لا تقبل الشهادة (الدرر).

الشهادة على الشراء - يلزم في الشهادة على الشراء بيان الثمن، إذ لا يصح الحكم بالشراء بالثمن المجهول.

إن للشاهد الذي يحضر البيع أن يشهد لدى الإيجاب على الملك بسبب الشراء وليس له أن يشهد على الملك المطلق، لأن الملك المطلق ملك بالأصل، أما الملك بالشراء فهو حادث وعليه فإذا شهد الشاهد على هذا الوجه على الملك المطلق تكون شهادته على الأكثر ويكون كاذباً (البحر).

إن الشهادة بالتسامع غير جائزة، يعني أن لا يعاين الشاهد المشهود به بالذات بل سمع ذلك من الناس وعليه فلا تجوز شهادة الشاهد بقوله سمعت من الناس فإذا شهد الشاهد بقوله: سمعت من الناس لا تقبل شهادته كما أنه إذا كتم سماعه من الناس وشهد كأنه عاين الأمر بالذات فيكون فعله حراماً وشاهد زور وعليه فلا تجوز الشهادة بالتسامع في ملك اليمين والحدود والقتل والغصب (الولوالجية).

مثلاً؛ إذا لم يعاين شخص البيع بالذات بل سمع البيع من رجلين عدلين فشهد بأنه سمع البيع من ثقة فترد شهادته كما أنه إذا لم يذكر بأنه سمع ذلك بل شهد أن فلاناً باع ماله من فلان كان شاهد زور. كذلك لو ادعى أحد قائلاً: ان هذا المال لي وهو موروث لي عن والدي المتوفى قبل عشرين سنة فأتى بشاهدين عمر كل شاهد ست عشرة سنة وشهدا بأن هذا المال هو لوالد المدعي زيد وقد توفي وبقي ميراثاً لهذا المدعي فلا تقبل شهادتهما[1].

كذلك لا تقبل الشهادة بالتسامع في خصوص الحدود بل يجب أن يشهد الشهود قائلين في شهادتهم: هذا هو الحد نعرفه قديماً ونشهد بذلك (أبو السعود).

كذلك لا تقبل الشهادة بالسماع على القتل مثلاً؛ لو شهد الشهود قائلين: إننا لم نشاهد رأي

---

(١) ادعى داراً إرثاً عن أبيه فشهدا أن أباه مات فيها لا تقبل لأنها لم يشهدا بالملك ولا باليد الدالة عليه ولو شهدا أنه ساكن فيها أو لابس هذا الثوب أو هذا الخاتم أو حامله أو راكب هذه الدابة لا تقبل لأنها شهدا باليد المتصرفة (عبد الحليم باختصار).

ـعين أن فلاناً قتل فلاناً إلا أننا سمعنا ذلك من الناس فلا تقبل شهادتهم.

المسائل التي تجوز فيها الشهادة بالتسامع مع التفسير هي:

إذا شهد الشاهد أن محلاً وقف أو أن شخصاً توفي على التسامع بقوله: أشهد بهذا لأني ـمعت من ثقة هكذا؛ وبتعبير آخر أن يذكر التسامع في حضور القاضي وأن يبين وجه الشهادة بأنه ـمع ذلك من ثقة فتقبل شهادته استحساناً على القول الذي اختارته المجلة (أبو السعود المصري) ـليه فالشهادة التي تقع على هذا الوجه بقوله: سمعت من ثقة شهادة بالتسامع (أبو السعود ـمادي).

والشهادة بالمعاينة في الخصوصين المذكورين أي في أصل الوقف وفي الموت جائزة بطريق ـلى فعليه يحصل العلم للشاهد في المشهود به في الوقف والموت بطريقين:

الطريق الأولى: أن يعاين الشاهد المشهود به بنفسه وبذاته يعني أن يكون الشاهد حاضراً ـ وقف الواقف وتسجيله فيشاهد الوقف والتسجيل أو أن يكون الشاهد حاضراً حين وفاة أحد ـاهد بنفسه الوفاة والدفن، وهذه الصورة هي المذكورة في الفقرة الأولى حتى لو فسر للقاضي ـ إذ لا يدفن إلا الميت ولا يصلي إلا عليه.

الطريق الثانية: أن يقف الشاهد على المشهود به بالتسامع وهذا التسامع يكون على وجهين:

الوجه الأول ـ بالشهرة الحقيقية (التواتر) فاذا علم الشاهد أصل الوقف أو الموت بخبر جماعة ـصور اتفاقهم على الكذب، فاذا شهد بأنه وقف على ذلك بالشهرة أو لم يذكر ذلك تقبل شهادته ـلمعي بزيادة).

الوجه الثاني ـ الشهرة الحكمية وتحصل بالاستماع من ثقة فاذا وقف الشاهد على أصل الوقف ـ الموت بالشهرة الحكمية فاذا شهد مبيناً بأنه وقف على ذلك بالشهرة الحكمية أي من ثقة أو لم ـ ذلك تقبل شهادته (الولوالجية والشبلي).

ـكون محل وقفا ـ والمقصود من ذلك أصل الوقف؛ وبتعبير آخر تقبل الشهادة بالتسامع على ـحمد على اصل الوقف سواء كان الوقف قديماً أو كان حادثاً (الشبلي) لأنه يفتي في المسائل ـب فيها بالانفع للوقف وبقبول الشهادة على الوجه المحرر يوجد منفعة حفظ الأوقاف القديمة ـستهلاك، لأن تاريخ الوقف يكون بعضاً مائة سنة ويكون الشهود على الوقف في سن ـن ويعلم القاضي من ذلك يقيناً بأن الشهود لا يشهدون عن عيان بل يشهدون على التسامع ـا الحال لا فرق بين سكوت الشهود عن ذكر التسامع أو عن اظهاره (رد المحتار في الوقف ـه).

أما عند بعض الفقهاء فان الشهادة بالتسامع جائزة إلّا أنه على الشاهد ألّا يذكر أمام القاضي ـادته مبنية على السماع فاذا ذكر ذلك فلا تقبل شهادته. وقد أفتى علي افندي بذلك إلّا أن

المجلة لم تقبل هذه الفتوى (ابن عابدين على البحر).

أما الشهادة على شرائط الوقف مستقلاً أي بدون أن تكون داخلة ضمن أصل الوقف فجائزة عند بعض الفقهاء أما القول الصحيح والمفتى به فعدم جوازها (علي افندي وأبو السعود المصري).

كذلك لا تجوز الشهادة بالتسامع في حق التولية مثلاً؛ لو ضبط عقار وقف مشروط لجهة فادعى أحد أولاد أولاد الواقف بأن الواقف قد وقف غلة ذلك العقار لأولاد أولاده وشهد بعض الناس بالتسامع على مدعاه فلا تقبل.

فعليه إذا ثبت اصل الوقف بالتسامع ولم تثبت شرائطه وجهة صرفه فتصرف غلة الوقف للفقراء (تكملة رد المحتار).

كذلك لو استمع القاضي شهادة التسامع على التولية وحكم بموجبها فلا يكون الحكم صحيحاً ومعتبراً (البهجة).

والفرق بين اصل الوقف وشرائطه في هذا الباب هو: أن اصل الوقف يبقى عصوراً فيشتهر أما شرائطه فحيث أنها تتبدل فلا تشتهر (الزيعلي والبحر).

واصل الوقف هو الأشياء الموقوفة عليها صحة الوقف مثلاً، لو ادعى متولي وقف على عقار في يد آخر أنه مال الوقف وادعى واضع اليد على العقار الملك المطلق بدون أن يبين سبباً من أسبابه وأنكر دعوى المتولي فاذا شهد شهود على مدعى المتولي بالتسامع تقبل شهادتهم.

مستثنى ـ ان جواز الشهادة بالتسامع في حق اصل الوقف وفي حالة عدم استناد ذي اليد على تصرفه بأحد أسباب الملك كما هو مذكور في المثال السابق. أما إذا كان تصرف ذي اليد مستنداً إلى سبب شرعي من أسباب الملك كالشراء والهبة والارث وكان منكراً الوقفية فلا تقبل الشهادة بالتسامع على اصل الوقف بل يجب اثبات تسجيل الوقف لأن بيع وارث الوقف الغير المسجل جائز فاذا لم يثبت التسجيل فيحمل بانه وان وقف العقار في الاصل إلاّ أنه حيث لم يسجل فقد ابطل الواقف أو وارثه الوقفية برأي القاضي واستقر في ملكه والشهادة بالتسامع على التسجيل غير جائزة.

مثلاً؛ لو اشترى أحد عقاراً من آخر وتصرف فيه على وجه الملكية فادعى متولي وقف أن ذلك العقار هو من مستغلات الوقف المذكور فشهد شهود على دعوى المتولي بالتسامع فلا تقبل شهادتهم وعلى المدعي أن يثبت تسجيل الوقف للحكم بوقفيته. أما إذا اعترف المتصرف بوقفية العقار وأن الوقفية قد أبطلت بسبب عارض وأن العقار قد أصبح في تصرفه فيصبح المتولي في حكم ذي اليد والمتصرف خارجاً فاذا اثبت مدعاه الذي وقع بعد اقراره بالوقفية فتبقى في يده وإلاّ تقبل الشهادة بالتسامع ويحكم بالوقف (هامش البهجة والفيضية).

شرائط الوقف: هي الأمور التي لا يتوقف عليها صحة الوقف (البحر).

مثلاً؛ إذا شهد الشهود أن كذا مقداراً من غلة الوقف مشروط للجهة الفلانية ومقدار كذا منها

مشروط لجهة أخرى فهي شهادة على شراط الوقف ولا تعتبر الشهادة على شرائط الوقف بياناً للموقوف عليه (البحر في الشهادة عن الفتح).

وان يكن أنه لا تجوز الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف والتولية إلّا أنه إذا انكر الخصم أصل الوقف وشهدت الشهود سماعاً على أصل الوقف وشهدوا ضمن ذلك سماعاً على شروط الوقف والتولية فتقبل الشهادة (الفيضية).

ويوجد اربع صور في الشهادة بالتسامع على اصل الوقف:

الصورة الأولى: ألا يذكر الشاهد التسامع حين شهادته وهي جائزة كما سيبين في الفقرة الآتية.

الصورة الثانية: أن يشهد الشاهد قائلًا: أنه سمع من ثقة وجواز هذه الشهادة مذكور في هذه الفقرة.

الصورة الثالثة: أن يشهد الشاهد قائلًا: قد سمعت ذلك، ويفهم جواز هذه الشهادة من الفقرة الآتية ومن فقرة (إذا لم يقل سمعت من الناس الخ).

الصورة الرابعة: أن يذكر الشاهد أن شهادته سماعاً وهذه الشهادة غير مقبولة.

إلّا أنه يجب ذكر شيئين في الشهادة على اصل الوقف:

١ - بيان الجهة كأن يقول الشاهد أن هذا وقف على هذا المسجد أو هذه المقبرة أو على الفقراء فاذا لم يبين الشاهد جهة الوقف لا تقبل شهادته (البحر والزيلعي).

٢ - بيان الواقف إذا كان غير قديم أما إذا كان الوقف قديماً فتقبل الشهادة بلا بيان الواقف (الشرنبلالي والشبلي).

ــ (أو مات فلان) وان يكن قد ذكر في هذه الفقرة جواز الشهادة على الموت مع التفسير كما أنه ذكر في الفقرة الآتية بأن الشهادة تقبل على الموت بلا تفسير إلّا أنه لا مباينة بينهما حيث يستخرج من مجموع الفقرتين النتيجة الآتية وهي: أنه تجوز الشهادة بالتسامع في الوقف والموت مع التفسير وبلا تفسير.

علم الشاهد الموت ومسألة عجيبة:

إذا سمع أحد من قوم أو من واحد عدل ولو بدون لفظ الشهادة أن فلاناً قد مات فله أن يشهد في حضور القاضي على موت ذلك الرجل. ألا يرى بأننا نشهد على موت الصحابة الكرام مع أننا لم نكن معاصرين لهم ولم نكن حاضرين حين وفاتهم (الولوالجية والزيلعي) وفي هذه مسألة عجيبة وهي: أنه إذا عاين أحد بمفرده موت شخص فحيث أنه لو شهد أمام القاضي منفرداً على الموت لا تقبل شهادته لعدم وجود نصاب الشهادة فللشاهد المذكور أن يخبر رجلاً عدلاً بموت ذلك الشخص وحيث يحل لذلك الرجل المخبر له أن يشهد على الموت فللمخبر والمخبر له أن يشهدا على

موت ذلك الرجل في حضور القاضي (البحر والزيلعي).

سبب قبول الشهادة بالتسامع في الموت. بما أن الإنسان يكون خائفاً في حال الموت وكارهاً له ويكون من يتولى غسل الميت قليلاً كواحد فاذا لم يجوز اثبات الموت بالتسامع يوجب ذلك الحرج والمشقة أنظر المادة (١٧) (الشبلي والولوالجية).

ويوجد في الشهادة بالتسامع على الموت أربع صور:

الصورة الأولى: أن يشهد الشاهد على الموت بدون أن يذكر التسامع مطلقاً أي بدون أن يفسر وجه الشهادة يعني بدون أن يذكر الشاهد انه يشهد بالتسامع فالشهادة على هذا الوجه جائزة سواء كان الموت مشهوراً أو غير مشهور كما سيبين ذلك في الفقرة الآتية.

الصورة الثانية: أن يذكر الشاهد أنه سمع من ثقة. والشهادة على هذه الصورة قد اختلف فيها الفقهاء وقد قبلت المجلة القول القائل بقبولها.

الصورة الثالثة: أن يقول الشاهد أنني سمعت الموت متواتراً أي أن يفسر الشاهد شهادته بقوله أنني لم اعاين هذا الخصوص ولكن اعرفه هكذا وهو مشتهر بيننا بهذه الصورة، وقد اختلف في جواز الشهادة التي تقع على هذه الصورة فقال الخصاف بقبولها وقد اختارت المجلة قوله في الفقرة الأخيرة من هذه المادة.

الصورة الرابعة: أن يذكر الشاهد التسامع بقوله: سمعت أو سمعت من الناس وهذه الشهادة غير مقبولة (الولوالجية) والتتارخانية وعلي افندي).

(سمعت من ثقة) ويشترط في هذا أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون عدلاً مقبول الشهادة حتى يحصل للشاهد نوع علم أو غلبة ظن وقد أشير إلى ذلك عند تعبير (ثقة) ما لم يكن عدد المخبرين واصلاً حد التواتر وفي تلك الحال لا تتحرى في المخبر العدالة ولا لفظ الشهادة «الخيرية وأبو السعود».

فاذا كان المخبر للشاهد بالمشهود به غير ثقة وذكر الشاهد أثناءَ شهادته بأن مخبره غير ثقة فلا تقبل شهادته أما إذا كذب ولم يذكر ذلك أو قال بأنه سمع من ثقة فيكون شاهد زور.

الشرط الثاني: أن لا يكون المخبر خصماً أو مدعياً كأن يكون وارثاً أو موصى له، فعليه إذا كان من اخبر الشاهد بالمشهود به مدعياً فليس للشاهد أن يعتمد عليه ويشهد فاذا شهد كان شاهد زور. لأنه لو جاز الاعتماد على هذا الخبر لكان يجب على القاضي أن يحكم في ذلك بقول المدعي المجرد.

الشرط الثالث: أن يكون المخبر في نصاب الشهادة يعنى رجلان أو رجل وامرأتان[1].

---

(١) ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن وقيل يكتفي في الموت بأخبار واحد أو واحدة بالنسبة للشهادة وأما القضاء فلا بد له من شهادة اثنين.

الشرط الرابع: أن يكون الاخبار للشاهد بلفظ الشهادة فعليه إذا قال رجلان لرجل: اننا نشهد أن المحل الفلاني هو وقف مشروط للمسجد الفلاني فللرجل المذكور أن يشهد على وقف المحل المذكور أمام القاضي أما إذا كان الخبر حصل له بدون لفظ الشهادة فليس له أن يشهد؛ ويقال لشهادة الشاهد بقوله سمعت شهادة سماع أو شهادة بالتسامع.

والتسامع لغة عبارة عن النقل عن الغير وشرعا الاشتهار. والاشتهار والشهرة على نوعين:

النوع الأول ـ الشهرة الحقيقية تحصل الشهرة الحقيقية باخبار جماعة لا يجوز اتفاقهم على الكذب ولا يشترط في هؤلاء المخبرين العدالة ولفظ الشهادة بل يشترط التواتر فقط «الشرنبلالي».

النوع الثاني ـ الشهرة الحكمية. وتحصل باخبار رجلين عدلين أو باخبار رجل عدل وامرأتين عادلتين بلفظ الشهادة «الخيرية والقهستاني والخانية في فصل في الشاهد يشهد بعد الخبر بزوال الحق».

واشهد به ـ ويشار بهذا التفسير إلى أنه وان جازت الشهادة سماعاً على الوقف إلّا أنها لا تجوز شهادة السماع بالوقف «الخيرية» فعليه إذا شهد الشاهد قائلاً: انني اشهد أن المحل الفلاني وقف لأنني سمعت ذلك من ثقة تقبل شهادته أما إذا قال؛ انني أشهد انني سمعت من ثقة أن المحل الفلاني وقف فلا تقبل. ففي الصورة الأولى تكون الشهادة على وقفية المشهود به وفي الثانية تكون شهادة على السماع بالوقفية.

وكان يجب أن تذكر فقرة ولكن إذا شهد «بكون محلاً وقفاً الخ» بعد الفقرة الآتية على أنـها مستثنى لها كما هو مذكور في الدرر فتكون كما يأتي:

(تجوز الشهادة بالسماع في خصوصات الولاية واصل الوقف والموت والنسب بدون تفسير الشهادة بالسماع من ثقة أي بدون ذكر لفظ السماع إلّا أنه إذا شهد الشاهد على كون محل وقفاً أو على وفاة أحد قائلاً: سمعت ذلك من ثقة وبتعبير آخر لو قال اشهد بذلك لأنني سمعت ذلك من ثقة فتقبل شهادته) والحاصل أن الشهادة بالسماع في الوقف والموت جائزة سواء فسر الشاهد وجه الشهادة أو لم يفسر، أما في الآخرين فالشهادة بالسماع جائزة بلا تفسير وغير جائزة مع التفسير، وتجوز شهادة الشاهد استحساناً في خصوص الولاية واصل الوقف والنكاح والمهر والدخول بالزوجة والعتق والولاء والموت والنسب أي في تسعة مواضع من دون أن يفسر السماع أي بدون أن يذكر لفظ السماع (رد المحتار في الوقف).

والقياس عدم جواز الشهادة التي تكون على هذا الوجه لأن الشهادة التي هي من المشاهدة لا تحصل إلّا بالرؤية بالنفس والحال أن في الشهادة على هذا الوجه لا توجد مشاهدة للشاهد فالشهادة على الولاية مثلاً يجب أن يكون الشاهد مستمعاً لقول السلطان لآخر قد نصبتك والياً على البلاد الفلانية.

ووجه الاستحسان أن معاينة أسباب هذه الأمور مختص بخاصة الناس ولا يحضر خواص وعوام الناس في ذلك كما يحضرون في عقود البيع والإجارة والهبة وأمثالها كما أن الناس متفقون في جواز الشهادة في هذه المواضع بالشهرة الحقيقية فلو لم تقبل في هذه الأمور الشهادة بالتسامع لاوجب ذلك الحرج والمشقة وأدى إلى تعطيل الأحكام انظر المادة (١٧) (الزيلعي).

اشتهار هذه الأمور ـ يشتهر النسب مثلاً؛ بالتهنئة والمخاطبات والمناداة وبنسبة كل واحد إلى آخر ويشتهر الموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار. ويشتهر النكاح بشهود الولائم والدخول وبتعلق الأحكام المشهورة كالنسب والمهر والعدة وثبوت الحضانة. ويشتهر القضاء والولاية بقراءة المنشور وباختلاف وازدحام الخصوم فلهذه الأسباب قد اعتبرت الشهرة الحقيقية بمنزلة العيان وعليه فلا تشترط المشاهدة.

من دون أن يفسر ـ أما إذا فسر فلا تقبل الشهادة في غير الموت والوقف مثلاً؛ لو فسر الشاهد في دعوى النسب قائلاً: قد سمعنا ذلك من الناس لا تقبل شهادته لأن الشاهد إذا سكت عن التفسير يصدقه القاضي فإذا فسر الشاهد فلا يتوجه قلب القاضي إلى تصديقه، ولهذا كانت المراسيل من الاخبار أقوى من المسانيد (الدرر) والمرسل من الاخبار هو أن يترك الواسطة التي بينه وبين الرسول ويقول قال: رسول الله ﷺ بخلاف المسند.

قد فصل الوقف والموت في الأمور الجائزة الشهادة بالتسامع فيها ونفصل الآن مسائل أخرى.

الولاية ـ تجوز الشهادة بالتسامع على الولاية سواء كانت ولاية وال أو ولاية قاض الا يرى بأننا نشهد على قضاء شريح رضي الله عنه «الخيرية ورد المحتار».

وتعلم الولاية بقراءة منشور التعيين وبدخول وخروج أصحاب المصالح إلى الشخص الذي يدعى والياً كما أن ولاية القاضي تعلم بجلوس أحد في مجلس القضاء وبدخول وخروج المدعي والمدعى عليه إلى مجلسه وبفصله في الخصومات (الدرر والزيلعي).

ويلحق علم الشاهد بالولاية بثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يعاين الشاهد التقليد بالذات فإذا شاهد أحد السلطان يقول لأحد خواصه قد نصبتك والياً للولاية الفلانية فللشاهد الذي عاين ذلك أن يشهد أن فلاناً هو وال على الولاية الفلانية.

الوجه الثاني: أن يرى الشاهد أصحاب المصالح يختلفون إلى مجلس الشخص الذي يدعى والياً فله أن يشهد أن ذلك الشخص هو الوالي.

الوجه الثالث: أن يشهد الشاهد بالتسامع بعد أن يحصل لديه علم بالشهرة الحقيقية أو الحكمية والمقصود من هذه الفقرة هو هذا.

النسب ـ هو بمعنى مطلق الوصلة بالقرابة سواء جاز النكاح بينهما كابن العم وبنت العم أو لم

يجز كالأب والبنت (البحر)[١].

ولحوق علم الشاهد بالنسب يكون بوجهين:

الوجه الأول: الاشتهار الحقيقي. يعني إذا سمع الشاهد خبر جماعة لا يتصور اتفاقهم على الكذب في النسب فيقف على ذلك بتيقنه بالاشتهار الحقيقي ولا يشترط في تلك الجماعة العدالة ولفظ الشهادة.

الوجه الثاني: الاشتهار الحكمي. ويحصل هذا بالاخبار الواقع للشاهد بنصاب الشهادة ولفظ الشهادة وعند الإمام الأعظم لا تجوز الشهادة على النسب بالوقوف عليه بالاشتهار الحكمي أما عند الإمامين فجائز وهو المفتى به (علي أفندي والولواجية في الشهادات).

لو لم تجز الشهادة بالتسامع على النسب إلا بالمعاينة لأصبحت الشهادة على النسب غير جائزة رأساً وأصلاً لأن سبب النسب العلوق ولا يطلع الإنسان على الوطء فضلاً عن لحوق علمه بالعلوق (الزيلعي والولواجية).

وشرط للقبول في نسب أن يخبره عدلان من غير استشهاد الرجل فإن الرجل شاهدين عنده على نسبه لا يسعه أن يشهدا إذا كان الرجل غريباً ولا يسعه أن يشهد بنسبه حتى يلقي من أهل بلده رجلين عدلين فيشهدان عنده على نسبه وهو الصحيح (البحر).

الولاء ـ والشهادة بالتسامع على الولاء جائزة عند أبي يوسف وغير جائزة عند الطرفين والمفتى به هو قول الطرفين (البهجة والفيضية).

المهر ـ تقبل شهادة السماع في دعوى المهر بلا تفسير (البهجة)

النكاح ـ تقبل شهادة السماع في دعوى النكاح بلا تفسير (الفيضية) ولا تقبل بالتفسير. مثلاً، لو خرج جماعة من دار أحد واخبروا أناساً في الخارج بأن فلانا قد تزوج فلانة بمهر هو كذا شهد الناس المذكورون على النكاح المذكور بلا تفسير قبلت شهادتهم (الولواجية في اوائل الشهادات).

كما أننا نشهد أن فاطمة بنت النبي هي زوجة لعلي بن ابي طالب كرم الله وجهه مع كوننا لم نحضر عقد النكاح (الولواجية والشبلي).

والشهادة على النكاح بالمعاينة جائزة بطريق الأولى وهو أنه لو حضر الشهود مجلس النكاح واستمعوا بأنفسهم حصول العقد فتكون شهادتهم على المعاينة.

---

(١) وعليه فالشهادة بالتسامع على النسب جائزة مثلا، اننا نشهد على نسب النبي الكريم فنقول انه محمد بن عبدالله ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصيّ الخ (شرح الشمائل لعلي القاري) «الخيرية».
كذلك أننا نشهد على أن عمر رضي الله عنه هو ابن الخطاب وعلي رضي الله عنه ابن أبي طالب مع أننا لم نكن معاصرين لهم ولم ندركهم (الولواجية).

الدخول ـ وتجوز الشهادة بالتسامع على الدخول لأنه قد يشتهر ويتعلق على ذلك أحكام مشهورة كالنسب والمهر والعدة وثبوت الحضانة.

مثلاً؛ لو شهد بصورة قطعية بدون أن يقول سمعت بقوله في التاريخ الفلاني كان فلان في هذا البلد حاكماً أو مات فلان في التاريخ الفلاني أو فلان هو ابن فلان وأنا أعرف ذلك وأشهد به تقبل شهادته وإن لم يكن قد عاين هذه الخصوصات وإن لم يكن سنه مساعداً لمعاينة ما شهد به.

ابن فلان ـ وهذا مثال للشهادة على النسب وتقبل دعوى النسب بشكل دعوى مستقلة من الاب والابن فقط وفي غير ذلك لا تقبل دعوى النسب في شكل دعوى مستقلة بل تقبل في ضمن دعوى مال كالنفقة والإرث والوصية والاستحقاق في الوقف.

مثلاً؛ إذا ادعى أحد قائلاً: إن هذا الرجل هو عم لي لابوين واسم ابي احمد واسم جدي حسين واسم أب هذا الرجل حسين وهو عمي لابوين وأنا محتاج للنفقة وأطلب فرض نفقة عليه كذا درهماً لي فتجوز الشهادة على النسب ضمن هذه الدعوى (البحر والتكملة ورد المحتار).

كذلك إذا ادعى أحد على آخر بأنه أخ لابوين له ضمن دعوى ارث أو نفقة وأثبت مدعاه بإقامة الشهود تقبل ويكون قد حكم بالنسب ضمن الحكم بالنفقة أو الإرث ويسري هذا الحكم على الاب الغائب حتى أنه لو حضر بعد ذلك الاب الغائب وانكر أن هذا المدعي هو ولده فلا يقبل ولا يجبر المدعي أن يقيم الشهود ثانية في مواجهة الاب. لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب (البحر).

وأيضاً إذا لم يقل سمعت من الناس وشهد في المواضع التي تجوز فيها الشهادة بالتسامع بقوله: نحن لم نعاين هذا الخصوص، ولكنا نعرفه هكذا وهو مشتهر بيننا بهذه الصورة ولم يقل سمعت من الناس أو سمعته من ثقة تقبل شهادته. في كل صورة يعني تقبل شهادته في الخصوصات الجائز قبول الشهادة بالسماع فيها كأصل الوقف والموت والولاية والنسب والنكاح والمهر والدخول بالزوجة والعتق والولاء ويقال لهذه الشهادة الشهادة بالشهرة الحقيقية ولا يلزم في هذه الشهادة أن يذكر السماع من ثقة أو قول الشاهد أنه مشتهر بيننا على هذه الصورة لأنه لا يشترط في التواتر لفظ الشهادة في خبر المخبرين كما أنه لا يشترط عدالتهم أي كونهم ثقاة أنظر المادة (١٧٣٤) أما في غير التواتر فيشترط أن يكون المخبر عادلاً كما ذكر آنفاً (ابو السعود). أما في المواضع التي لا تجوز فيها الشهادة بالتسامع كالشهادة على سبب الملك والبيع والهبة والصدقة فلا تجوز الشهادة بالشهرة فيها على هذا الوجه (نقول البهجة عن العمادية والبزازية في أول الشهادة ونقول علي افندي).

المادة (١٦٨٩)- (إذا لم يقل الشاهد أشهد بل قال أعرف الخصوص الفلاني هكذا أو أخبر بذا لا يكون قد أدى الشهادة ولكن على قوله هذا لو سأله

القاضي اتشهد هكذا؟ وأجاب بقوله: نعم هكذا أشهد يكون قد أدى الشهادة وإن كان لا يشترط لفظ الشهادة في الإفادات الواقعة لمجرد استكشاف الحال كاستشهاد أهل الخبرة فإنها ليست بشهادة شرعية وإنما هي من قبيل الاخبار).

يجب في الشهادة ذكر لفظ اشهد سواء كان الشاهد رجلاً أو امرأة لأن النصوص قد وردت بهذا اللفظ ولما كان الحكم بالشهادة ثابتاً على خلاف القياس (لأنه كما يجوز أن يكون المدعي كاذباً في دعواه يجوز أن يكون الشاهد كاذباً في شهادته) فهو مقصور على مورد النص أنظر المادة (١٥) وشرح المادة (١٦٨٢)«الزيلعي».

فعليه إذا لم يقل الشاهد أشهد على الخصوص الفلاني بل قال: أعرف الخصوص الفلاني فقط أو اخبر بذا أو أنني أجزم واتيقن أن الخصوص الفلاني هو كذا؛ وبتعبير آخر إذا لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة بل أخبر عن المدعى به بالفاظ تدل على علم اليقين فلا يكون قد أدى الشهادة فلذلك لا يقبل اخباره ولا يكون مداراً للحكم (الزيلعي).

كذلك يشترط في شهادة النساء إذا شهدن في المواضع التي لا يمكن للرجال الإطلاع عليها المبينة في المادة (١٦٨٥) أن يذكرن في شهادتهن لفظ الشهادة؛ لأن افادتهن من قبيل الشهادة فيتحرى فيها شروط الشهادة كالحرية ومجلس الحكم. أنظر شرح المادة (١٦٨٣).

ولكن على قوله هذا، فيحسن بالقاضي عند ابي يوسف أن يسأل الشاهد قائلاً: هل تشهد هكذا فإذا سأله على هذا الوجه وأجابه الشاهد نعم أشهد هكذا فيكون الشاهد قد أدى الشهادة حيث أن الشاهد يضطرب بعضاً من مهابة مجلس القاضي فبدلاً من أن يقول أشهد بكذا يقول أعرف كذا فتلقين الشاهد في غير موضع التهمة فيه احياء للحق. أما في موضع التهمة فليس للقاضي تلقين الشاهد باتفاق، مثلاً لو ادعى المدعي بألف درهم وشهد الشهود بألف وخمسماية درهم فحيث أن هذه الشهادة يجب ردها حسب المادة (١٧٠٨) فإذا قال القاضي للشهود بعد شهادتهم هذه: يحتمل أن المدعي قد ابرأ المدعى عليه من خمسماية درهم فتفرس الشهود المسألة من قول القاضي هذا وقالوا: نعم ان مطلوب المدعي كان ألفاً وخمسماية درهم وقد ابرأه من خمسماية درهم ونشهد أن له ألف درهم في ذمة المدعى عليه تقبل شهادتهم (الزيلعي والشبلي في القضاء).
وعبارة هكذا، من جملة أعرف الخصوص الفلاني هكذا كناية عن المشهود به فعليه يجب على الشاهدين أن يشهدا على المشهود به فلذلك لو شهد أحدهما على المشهود به ثم شهد الشاهد الآخر على الشهادة الأولى، وبتعبير آخر لو قال الشاهد: أشهد كشهادة الشاهد الأول أو بمثل ما شهد به صاحبي؛ فلا تقبل شهادته. أما لو قال الشاهد أشهد بمثل ما شهد به صاحبي فعلى القاضي عند شمس الأئمة إذا حس خيانة الشاهد بشهادة الزور أن يكلفه التفسير وإذا لم يحس ذلك فلا يكلفه «الولوالجية في الرابع من الشهادات» ويحكم بذلك على رأي الهندي.

وإن كان لا يشترط لفظ الشهادة في بعض الإفادات الواقعة لاستكشاف الحال كاخبار أهل الخبرة فإنه ليس بشهادة شرعية وإنما هو من قبيل الاخبار المجرد (مجمع الأنهر).

وبعض ذلك نعدده كما يأتي:

أولاً: إذا ارفق القاضي أمينه للشهود لاراءة المال المنقول الذي لم يجلب إلى مجلس الحكم فشهد الشهود في حضور الأمين على المدعى به بالاشارة إليه وأخبر الأمين القاضي بوقوع ذلك بدون لفظ الشهادة فتقبل.

ثانياً: لا يتحرى لفظ الشهادة بعضاً من الذين يخبرون عن أجر المثل.

ثالثاً: إذا أجر متولي الوقف وعلى قول، وصي اليتيم؛ مال الوقف أو اليتيم لآخر فظهر أحد وادعى أن في الإجارة غبناً فاحشاً فيسأل من أهل الخبرة والأمانة.

رابعاً: إذا باع الوصي مال اليتيم ثم ادعى أنه باعه بغبن فاحش يسأل من أرباب الوقوف. أنظر المادة «٤١٤».

إلّا أنه يشترط في بعض اخبار أهل الخبرة لفظ الشهادة وهو أنه إذا لزم تحليف امرأة مخدرة وأرسل القاضي أمينه لتحليفها فحلفها الأمين فلا يقبل قول الأمين المجرد على وقوع التحليف بل يجب شهود شاهدين على تحليف المرأة المذكورة. أما إذا شهد مع الأمين المذكور شاهد واحد فيقبل أيضاً (الحموي).

المادة (١٦٩٠) - (إذا كان المشهود له والمشهود عليه والمشهود به حاضرين فيشير الشاهد إليهم أثناء شهادته وتكفي إشارته على هذا الوجه ولا يلزم ذكر آباء وأجداد المشهود له والمشهود عليه. وأما في الشهادة المتعلقة بالموكل الغائب أو الميت فيلزم على الشاهد ذكر اسم أبيهما وجدهما ولكن إذا كان كل منهما مشهوراً ومعروفاً فيكفي أن يذكر الشاهد اسمه وشهرته لأن المقصد الأصلي تعريفه بوجه يتميز به عن غيره).

إذا كان كل من المشهود له والمشهود عليه والمشهود به العين حاضرين فيشير الشاهد إليهم بيده، كما هو مبين في المادة «١٦٢١»، عندما يشهد قائلاً: إن هذه العين هي ملك المدعي وبتعبير آخر أن صحة الشهادة في هذا الحال يتوقف على إشارة الشاهد لهؤلاء الثلاثة ولا تكفي الإشارة بالرأس ما لم يكن معلوماً أنه أشير بالإشارة المذكورة إلى العين المدعى بها (الخانية) مثلاً، يشهد الشاهد قائلاً: إن هذا المال هو ملك هذا المدعي وأن هذا المدعى عليه وضع اليد عليه بغير حق واشهد على ذلك وعلى هذه الصورة لو شهد الشهود على امرأة وذكروا أثناء شهادتهم اسمها ونسبها فسألهم القاضي. هل تعرفون تلك المرأة الحاضرة حين الشهادة؟ فأجابوا بأننا لا نعرفها فلا

تقبل شهادتهم. أما إذا قال الشهود أننا تحملنا الشهادة على فلانة بنت فلان ولا نعرف هذه المرأة هل هي تلك المرأة وأثبت المدعي بشاهدين آخرين بأن الحاضرة في المجلس هي فلانة بنت فلان صح «لسان الحكام».

وتكفي إشارة الشاهد إليهم على هذا الوجه انظر شرح المادة « ٦٥». أما إذا كان المشهود به ديناً فهو معدوم ولا يمكن الإشارة إليه.

ومعنى يكفي أي لا يلزم بيان اسم آباء وأجداد المشهود له والمشهود عليه حتى لو أن الشهود لا يعلمون اسم المشهود له والمشهود عليه فلا يطرأ خلل على شهادتهم(علي أفندي والنتيجة).

مستثنى - ويستثنى من لزوم الإشارة إلى المدعى به بعض مسائل كالرهن والغصب. راجع شرح المادتين (١٦١٩ و١٦٢١) «الخانية».

أما إذا ادعى المدعي على وكيل الموكل الغائب فالشهادة على ذلك الموكل أو على المتوفي أو على الأصل في الشهادة على الشهادة يلزم فيها على الشاهد ذكر أب وجد الموكل والمتوفي والأصل ولا يكفي ذكر المشهود عليه وذكر اسم أبيه، وقد ذكر في الغرر إذا قبل القاضي الشهادة بدون ذكر الجد وحكم القاضي نفذ حكمه أما حسب تصريح المجلة هنا فلا ينفذ الحكم.

وإن يكن أن ذكر الصنعة لا يغني عن ذكر الجد إلّا أنه إذا كان المشهود عليه معروفاً ومشهوراً بتلك الصنعة فيكفي ذكر صنعته لأن المقصد التعريف وليس تكثير الكلام مثلاً، إذا ذكر الشاهد اسم المشهود عليه واسم أبيه مع ذكر قبيلته وحرفته ولم يكن في تلك البلدة باسمه وحرفته شخص آخر فيكفي ذلك. أما إذا كان فيها أشخاص آخرون باسمه وحرفته فلا تكفي الشهادة (علي أفندي والدرر والشرنبلالي).

وتتفرع على هذه الفقرة المسائل الآتية:

١ - إذا ادعى زيد على عمرو قائلاً: إن لبكر في ذمتك ألف درهم من جهة القرض وانني وكيل عن بكر في مخاصمتك وفي قبض المبلغ المذكور منك وأنكر عمرو الوكالة فالشهود الذين يقيمهم المدعي للإثبات يجب عليهم أن يذكروا اسم أب وجد بكر.

٢ - إذا غاب المدعى عليه بعد أن وكل وكيلاً عنه للمخاصمة وادعى المدعي على الوكيل بوكالته عن الغائب مبلغاً معيناً وأنكر الوكيل فيجب على الشهود الذين يقيمهم المدعي للإثبات أن يشهدوا قائلين: نشهد بأن لهذا المدعي في ذمة موكل هذا الوكيل زيد بن عمرو بن بكر كذا درهماً ولا يكفي ذكر اسمه واسم أبيه وشهرته فقط (علي أفندي).

٣ - يجب في الشهادة على المتوفي ذكر اسم أب وجد المتوفي، مثلاً لو ادعى بدين من تركة ما وادعى المدعى عليه بأنه قد أدى دينه للمتوفي وأقام شهوداً على ذلك فيجب على الشهود أن يذكروا اسم أب وجد المتوفي (علي أفندي).

ولكن إذا كان الموكل الغائب أو المتوفي أو الأصل في الشهادة على الشهادة شخصاً معروفاً ومشهوراً فيكفي أن يذكر الشاهد اسمه وشهرته بل ذكر اسمه فقط أو ذكر لقبه فقط إذا كان معروفاً ومشهوراً به كأبي حنيفة كما أنه إذا كان معروفاً بصنعة يكفي ذكر صنعته ولا حاجة لذكر اسمه واسم أبيه (الدر المختار والحموي).

مثلاً؛ إذا قتلت امرأة في محل في وقت ما واشتهر ذلك ولم يقع القتل على غيرها في ذلك الوقت فإذا شهد الشهود على قتلها وقالوا بدون أن يذكروا اسم المرأة وأبيها: نشهد أن فلاناً قد قتل المرأة التي قتلت في المحل الفلاني في اليوم الفلاني تقبل (رد المحتار).

لأن المقصد الأصلي من ذكر اسم أب وجد الغائب هو تعريفه بوجه يتميز به عن غيره ويزيل الالتباس والمشابهة وليس كما ذكر آنفاً بتكثير اللفظ والكلام إذ انه إذا حصل المقصود الأصلي يكون ما عداه زائداً (الدر المختار ورد المحتار والتكملة).

المادة (١٦٩١) - (يلزم في الشهادة بالعقار بيان حدوده ولكن إذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وبين بأنه سيريها ويعينها في محله يذهب إلى محله ويكلف باراءتها).

يلزم في الشهادة بالعقار بيان حدوده الثلاثة أو الأربعة وكيفية البيان قد مر ذكرها في المادة (١٦٢٣)[1].

وبيان حدين فقط لا يكفي أما بيان ثلاثة حدود فيكفي وتكون الشهادة مقبولة بلا بيان الحد الرابع ويعين الحد الرابع على الوجه المذكور في المادة (١٦٢٣). أما إذا بين الحد الرابع وغلط الشاهد فيه فلا تقبل الشهادة[2].

فعلى ذلك إذا لم يعرف الشهود حدود العقار ولم يكونوا قادرين على اراءتها في محله فلا تقبل شهادتهم (علي أفندي).

أما إذا بين حدود العقار على الوجه المشروح صار المشهود به معلوماً وصحت الشهادة فعليه إذا شهد الشهود ببيان الحدود فقيل لهم: هل تعرفون العقار إذا ذهبتم إلى محله؟ فأجابوا بأننا لا نعلمه فلا يطرأ خلل على شهادتهم لأن العقار قد أصبح معلوماً ببيان الحدود فلا حاجة لمعلومية أخرى (الهندية). أما إذا ادعى المدعى عليه في هذا الحال بأن العقار الذي في يدي ليس العقار الذي شهد به الشهود فالمدعي مجبور أن يثبت بشاهدين آخرين بأن العقار الذي شهد به الشهود

(١) وإذا ذكر في الدعوى والشهادة أحد حدود الأرض المدعاة لضيق أرض فلان ولفلان في القرية التي فيها الأرض المدعاة أراض كثيرة متفرقة صحت الدعوى والشهادة وإن كان فيه نوع جهالة إلّا أنها تحملت للضرورة (الهندية).

(٢) ولكن الغلط لا يثبت إلّا بإقرار المدعي أن الشاهد غلط أما لو ادعاه المدعى عليه لا يقبل (الأنقروي).

هو العقار الذي في يد المدعى عليه (الأنقروي عن القاعدية). وعلى ذلك لو شهد الشهود بأرض مع بيان حدودها وذكروا أنها تستوعب بذار خمس كيلات حنطة وفهم أن الأرض المذكورة تستوعب ثلاث كيلات فقط فعلى رأي بعض الفقهاء لا تبطل الدعوى ولا الشهادة. لأن ذكر المقدار لا يحتاج إليه بعد ذكر الحدود وذكر ما لا يحتاج إليه وعدمه سواء. وأما عند البعض الآخرين إذا كانت الشهادة في حضور الأرض وبالإشارة إليها فإذا أخطأ الشهود في مقدار البذار الذي تستوعبه الأرض فتقبل شهادتهم. أما إذا أخطأوا في مقدار البذار الذي تستوعبه الأرض[1] فلا تقبل الشهادة وهو الأظهر والأشبه (الهندية والأنقروي عن البزازية).

وقد ورد في الهندية إذا شهد شاهدان أن لهذا في هذه الدار ألف ذراع فإذا الدار خمسمائة ذراع أو شهدا أن له في هذه القراح عشرة أجربة فإذا القراح خمسة اجربة فالشهادة باطلة.

مستثنى ـ لا يلزم بيان حدود العقار في المسائل الأربعة الآتية الذكر:

أولاً: إذا كان العقار معروفاً فلا يلزم بيان حدوده (الولواجية ورد المحتار في الدعوى ونقول علي أفندي).

ثانياً: إذا شهد الشهود بأن العقار المنازع فيه هو ملك المدعى وتصادق المتخاصمان بأن المشهود به المذكور هو العقار فيه فتقبل هذه الشهادة في أصل العقار ولو لم تبين حدوده إذ لا جهالة في أصل العقار تقضي للنزاع (رد المحتار قبيل باب الشهادة على الشهادة).

ثالثاً: في الشهادة على الإقرار، لا يجب على الشهود أن يذكروا أن المقر قد ذكر حدود العقار المقر به حيث الإقرار. مثلاً لو ادعى أحد ملكية العقار الذي في يد آخر وادعى المدعى عليه أن المدعي قد أقر بأن العقار المذكور هو ملكه فشهد الشهود الذين اقامهم المدعى عليه لإثبات دفعه هذا بأن المدعي قد أقر بأن العقار المدعى به هو ملك المدعى عليه ولم يذكروا الحدود فتقبل شهادتهم (البهجة والولوالجية في الفصل السادس من الشهادات) وللشهود في هذا الحال أن يتفهموا حدود ذلك العقار من الثقاة وأن يشهدوا ببيان الحدود من أنفسهم وليس لهم أن يشهدوا على الحدود على كونها من جملة المقر به لأن شهادتهم تكون كاذبة حينئذ (الهندية).

رابعاً: إذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وبين بأنه سيريها ويعينها في محله يذهب إلى محله ويكلف بتعيينها واراءتها «علي أفندي».

وعليه فإذا أشير من الشهود إلى الحدود وكانوا لا يعلمون أسماء الجيران فتصح شهادتهم «النتيجة».

يذهب إلى محله: وفي ذلك وجهان:

الوجه الأول ـ أن يذهب القاضي أو نائبه، إذا كان القاضي مأذوناً بنصب نائب، إلى المحل

(١) أي إذا كانت الشهادة في غير حضور الأرض (المعرب).

الموجود فيه العقار ويستمع الشهادات هناك أنظر المادتين «١٦٩٠ و١٨٠٦».

الوجه الثاني ـ أن يستمع القاضي الشهود وأن يستشهدهم في حضوره وبعد ذلك يرسل الشهود المذكورين إلى محل العقار المذكور مع رجلين عدلين والشهود بحضور العدلين والطرفين المتخاصمين يشيرون إلى الحدود قائلين: إن هذا العقار هو العقار الذي شهدنا به للمدعي وحدوده هي هذه والعدلان يتفهمان أسماء جيران العقار ويشهدان في حضور القاضي على أسماء أصحاب الحدود «الولوالجية في الفصل الثالث من الشهادات والنتيجة والفيضية» لأن الشهادة القاصرة التي يصير اتمامـها من شهود آخرين مقبولة.

وهذا هو ضابط ومن مسائله المتفرعة:

١ - المسألة الأخيرة الواردة في شرح الفقرة الأولى من المادة (١٦٩٠).

٢ - مسألة الوجه الثاني التي بيّنت آنفاً.

٣ - إذا شهد الشهود بأن العقار ملك للمدعي ولم يبيّنوا بأنه في يد المدعى عليه وشهد شاهدان آخران بأن العقار المذكور في يد المدعى عليه فتقبل الشهادة (الدر المختار والأنقروي عن القنية).

٤ - إذا شهد الشهود بأن العقار هو ملك المدعي وذكروا حدوده في شهادتهم ولم يبيّنوا موضع ذلك العقار ثم أقام المدعي شاهدين شهدا بأن ذلك العقار المشهود به هو العقار الكائن في الموضع الفلاني فتقبل الشهادة (جامع الفصولين). أما الشهادة الآتية فلا تقبل وهي:

إذا ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه: إن هذا الحصان الذي في يدك المسمى برهوان قد بعته لي وقد أديتك ثمنه وأنكر المدعى عليه البيع وقبض الثمن وشهد شاهدان على الإقرار بالبيع وقالا في شهادتهم: اننا لا نعرف ذلك الحصان إلاّ أن المدعى عليه قال: إن اسم حصاني رهوان ثم أتى شاهدان وشهدا ان اسم الحصان المذكور رهوان أو شهدا بأن المدعى عليه قد أقر بأن اسم حصانه رهوان فلا يتم البيع بذلك. (الهندية).

المادة (١٦٩٢) ـ (إذا ادعى المدعي بالاستناد إلى الحدود التي هي في السند وشهدت الشهود بأن العقار المحررة حدوده في هذا السند هـو ملكه تصح شهادتهم كما ذكر في مادة ١٦٢٣).

ولا حاجة لذكر الشهود الحدود المذكورة في السند لأن المدعى به يكون قد علم حكماً بالإشارة (رد المحتار قبيل الشهادة على الشهادة). وحكم هذه المادة جار في الدين أيضاً. فعليه إذا ادعى المدعي أن المبلغ المحرر في هذا السند هو حق لي في ذمة المدعى عليه، وشهد الشهود بأن المبلغ المحرر في هذا السند هو حق للمدعي في ذمة المدعى عليه تقبل شهادتهم. لأنه قد أشير في هذه الشهادة إلى المعلوم (تكملة رد المحتار بزيادة).

كذلك لو كتب شهادته فقرأها بعضهم وقال الشاهد: أشهد أن لهذا المدعي على المدعى عليه كلما سمي ووصف في هذا الكتاب أو قال: هذا المدعى به الذي وصف وقرىء في هذا الكتاب هو في يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه إلى هذا المدعى يقبل. لأن الحاجة تدعو إليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان (البزازية).

في هذا السند: أما إذا شهد الشهود حين الشهادة على حدود بعد تلاوتها من كتاب فينظر: فإذا كان الشهود يعلمون حدود ذلك العقار وكان نظرهم إلى الكتاب المحررة فيه الحدود للإستعانة فقط تقبل وأما إذا كانوا يجهلون الحدود ونظرهم إلى الكتاب لتعلم الحدود منها لا تقبل (الأنقروي).

المادة (١٦٩٣) - (إذا ادعى أحد بأن لمورثه في ذمة آخر كذا درهماً ديناً وشهدت الشهود بأن للمتوفي في ذمة المدعى عليه ذلك المقدار ديناً يكفي ولا حاجة إلى التصريح بقولهم: صار الدين المذكور موروثاً لورثته. وكذلك إذا ادعى بعين يعني لو ادعى بأن في يد ذلك الشخص مالا معيناً للمورث فالحكم على هذا الوجه أيضاً)

لا يشترط عند الإمام في صحة الشهادة على الإرث الجر الصريح والجر الحكمي والضروري. لأن الوارث يملك مال مورثه بطريق الخلفية حتى أنه للوارث أن يرد المال الذي اشتراه مورثه للبائع بخيار العيب كما أنه للمشتري أن يرد المال الذي اشتراه من المورث للوارث بخيار العيب. انظر شرح المادة (٣٣٧) «تكملة رد المحتار» ويصير مغروراً فيما اشتراه المورث أي فيما كان المورث مغروراً فيه فيكون ملك الوارث عين ملك المورث مستمراً إلى هذا الوقت لا ملكاً آخر غيره (الزيلعي والشبلي).

وعليه فإذا ادعى أحد بأن لمورثه في ذمة آخر كذا درهماً ديناً فإذا شهد الشهود بأن للمتوفي في ذمة ذلك الآخر ذلك المقدار من الدراهم ديناً يكفي ولا حاجة بأن يشهدوا بالجر، يعني بأن يقول الشاهد: أن الدين المذكور بوفاة الدائن قد أصبح موروثاً لورثته لأنه إذا ثبت بأن للمورث في ذمة ذلك الآخر ديناً فمن الضروري أن يصبح موروثاً لورثته (أبو السعود وتكملة رد المحتار).

وفي صورة الإدعاء بعين؛ يعني إذا ادعى أن في يد ذلك الشخص مالاً معيناً للمورث مثلاً بطريق الإجارة أو الغصب أو الوديعة فالحكم على هذا الوجه أيضاً. وبتعبير آخر إذا شهد الشهود بأن للمتوفي مالاً معيناً في يد ذلك الشخص فيكفي ولا حاجة لأن يشهد الشهود بأنه بوفاته قد أصبح المال المذكور موروثاً لورثته.

ويقال للتصريح بأنه أصبح موروثاً للورثة: الجر الصريح كما أنه يوجد جر حكمي وضروري وهي الشهادة بأن المال كان ملكاً للمورث حين وفاته أو كان في يده أو كان في يد نائب المورث

كالمستأجر أو المستعير أو الغاصب أو المستودع (أبو السعود).

والحاصل أن لا حاجة لذكر الشاهد الجر الحقيقي أو الجر الحكمي حين الشهادة وهي بدون تصريح ذلك صحيحة ومعتبرة كما هو مذكور في المجلة.

لا حاجة إلى جر الدعوى؛ يعني إذا ادعى الوارث قائلاً: أن لمورثي في ذمة هذا الشخص كذا دراهم ديناً أو أن المال الذي في يد هذا الشخص هو ملك لمورثي فالدعوى صحيحة ولا حاجة لجر الدعوى فعليه لا يشترط أن يقال في الدعوى: ان هذا المال ملك لمورثي وقد أصبح موروثاً لي (تكملة رد المحتار) كما يفهم من تصوير المجلة للمسألة. أما عند الطرفين فيشترط ذكر الجر الصريح أو الجر الحكمي في الشهادة على الإرث وفي الإدعاء بالإرث ولا تصح الدعوى والشهادة بدونهما (تكملة رد المحتار وأبو السعود).

ويشترط في الشهادة على الإرث أربعة شروط:

الشرط الأول: بيان سبب الوراثة مع ذكر بأنه للوارث وعليه فعلى الشهود أن يذكروا في شهادتهم قائلين: إن هذا المدعي هو أخ المتوفي لأبوين أو أخوه لأم ووارثه ولا يكفي قولهم أن هذا المدعي هو أخ المتوفي لأنه ربما يكون محجوباً عن الإرث مع كونه أخاه. كذلك لو ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى أن يفسر فيقول: عمه لأبيه وأمه أو لأحدهما (البحر).

أما إذا كان الوارث كالأب والأم الذي لا يحجب من الإرث بأي حال كان فلا حاجة بعد بيان سبب الوراثة لذكر أنه وارث (تكملة رد المحتار وأبو السعود).

كما أنه إذا شهد الشاهد بأنه وارثه ولم يبين سبب الوراثة فلا تقبل الشهادة أيضاً لاختلاف أسبابها والقضاء بالمجهول متعذر فإن مات الشاهدان أو غابا قبل أن يسألهما لا يقضى بشيء (الخانية).

الشرط الثاني: أن يذكر المدعي الوسائط التي بينه وبين المتوفي لحين الالتقاء به بأب واحد فلذلك يجب أن يقال مثلاً أن أب المتوفي زيد وأمه زينب وأن أب هذا الوارث زيد وأمه زينب وعليه فهو أخ لأبوين للمتوفي.

الشرط الثالث: أن يقول الشهود أن ليس للمتوفي وارث آخر غير هذا المدعي أو غير هذا المدعي وغير فلان وفلان. أو اننا لا نعلم وارثاً غيرهم فإذا شهد الشهود على هذا الوجه ثم شهدوا بعد ذلك بأن عمراً هو وارث للمتوفي أيضاً فتقبل شهادتهم ولا يكون تناقضاً. لأن معنى قول الشهود بأن ليس للمتوفي وارث غيره أي أنهم لا يعلمون وارثاً للمتوفي غير من ذكروا ومن المحتمل أن يعلموا وراثه عمرو بعد الشهادة[1].

(١) شهد رجلان لرجل أنه أخو الميت لأبيه وأمه ووارثه ولا نعلم له وارثا غيره فقضي ثم شهدا لآخر أنه ابن الميت لا تقبل ويضمنان للإبن ما أخذ الأخ ولو شهد الآخر أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه ولا نعلم له وارثاً غيره وغير الأول تقبل ويدخل الثاني مع الأول بالميراث ولا ضمان على الشاهدين للأول ولا يغرمان للثاني شيئاً (الهندية).

وإن هذا الشرط الثالث هو شرط لإسقاط تلوم القاضي وليس شرطاً للحكم، فعليه إذا شهد الشهود قائلين: نشهد بأن هذا المدعي هو ولد للمتوفي فلان أو وارثه ولم يقولوا في شهادتهم بأنه لا وارث خلافه فالقاضي ينتظر مدة لظهور وارث آخر وبعد الإنتظار يسلم المال للمدعي. وقد اختلف في مدة التلوم فقال بعض الفقهاء بأن مدة التلوم مفوضة لرأي القاضي وأما الإمامان فقد قالا بأنها سنة واحدة.

مثال للشهادة الجامعة للشروط الثلاثة هو: أن يقول الشاهد أن أب المتوفي زيد وأمه زينب وأبو هذا الوارث زيد وأمه زينب لذلك فهو أخ لأبوين للمتوفي ووارثه وليس للمتوفي من وارث خلافه أو ليس للمتوفي من وارث خلافه ومن فلان وفلان أو لا أعلم بأن للمورث ورثة غير هؤلاء.

الشرط الرابع: أن يدرك الشهود الميت فلذلك إذا لم يدرك الشهود الذين يشهدون بأن فلاناً ابن فلان قد توفي وقد ترك الميت هذه الدار ميراثاً لهذا المدعي فتكون شهادتهم باطلة. انظر المادة (١٦٨٨) (رد المحتار) وذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لو شهد أنه جده أبو أبيه أو أمه ووارثه ولم يسم الميت تقبل (الدرر المختار ورد المحتار).

المادة (١٦٩٤) ـ (إذا ادعى أحد من التركة دينا مقداره كذا فإن شهدت الشهود بأن له في ذمة الميت ذلك المقدار من الدين يكفي ولا حاجة إلى التصريح بأنه كان باقياً في ذمته إلى مماته فإذا ادعى بعين أي إذا ادعى أحد بأن له في يد المتوفي مالاً معينـا فالحال على هذا المنوال).

لا حاجة للجر في الشهادة بالدين على الميت حيث لا يمكن وجود شهود يشهدون على الجر فشرط الجر في الشهادة يستوجب ضياع حقوق الناس، والجر يكون بقول الشهود: إن المدين توفي وهو مدين أو توفي والدين في ذمته (أبو السعود المصري) فعليه إذا ادعى أحد من التركة ديناً مقداره كذا وشهدت الشهود بأن له في ذمة الميت ديناً بمقدار ما ادعى يكفي ولا حاجة إلى التصريح بكونه باقياً في ذمته إلى مماته أو أنه توفي حالة كونه مديناً ويقال لهذا التصريح الجر؛ لأن الشاهد يعلم الدين بمعاينة أسباب الدين كالبيع والإقراض والإجار وإتلاف المال أي برؤيته شراء المتوفي من المدعي مالاً بثمن مؤجل بكذا درهماً إلا أنه بعد وقوع تلك الأسباب ومفارقة الشاهد للمدين يمكن المدين أن يخلص الدين في غياب الشاهد بتأديته أو بإبراء المدين له أو بإقالة البيع يعني بعروض أسباب مسقطة للدين ولا يكون الشاهد عالماً بذلك وعليه فلا يمكن للشاهد أن يشهد على الجر وإذا لم تقبل الشهادة بدون الجر يكون ذلك باعثاً لتضييع حقوق الناس وموجباً لإضرارهم كما أنه يوجب ضرر المتوفي ببقائه مديناً.

ذلك المقدار من الدين، فالشهادة على هذه الصورة هي شهادة على الحال كما أن دعوى المدعي بقوله: إن لي في ذمة فلان دعوى بالدين حالاً.

أما إذا لم يشهد الشهود على الحال بل شهدوا على الماضي بقولهم كان مديناً فلاتقبل، مثلاً لو شهد الشهود بقولهم كان لهند في ذمة زوجها زيد كذا درهماً ديناً فلا تقبل شهادتهم بل يجب أن يشهدوا بأن لهند في ذمة زوجها ذلك المقدار من الدين؛ وعبارة من الدين ليست للإحتراز عن الشهادة بالسبب فإذا شهد الشهود على السبب فالحكم هو على الوجه المشروح. مثلاً إذا ادعى أحد كذا درهماً ديناً من التركة فشهد الشهود بأن المدعي قد أدى للمتوفي ذلك المقدار من الدراهم كان كافياً ولا حاجة للتصريح بأن المبلغ المذكور كان باقياً في ذمته إلى حين مماته.

مثلاً؛ إذا ادعى المدعي على الورثة قائلاً: إن لي في ذمة المتوفي كذا درهماً من جهة القرض وشهد الشهود بأن المتوفي المذكور قد استدان المبلغ المذكور من المدعي وقبضه في حضورنا تقبل (عبد الحليم والتكملة ورد المحتار وأبو السعود العمادي).

أما عند بعض الفقهاء فإنه يجب التصريح بأنه باق في ذمة المتوفي حيث أن المتوفي غير قادر أن يجيب بنفسه بقوله أن الدائن قد أبرأني من ذلك الدين أو انني أوفيت ذلك الدين كما أن الوارث لا يستطيع الإدعاء بذلك حيث لا يعلم ما أجراه مورثه فتجب الشهادة على الجر رعاية للإحتياط، ويجاب على ذلك أن الرعاية للاحتياط تحصل بتحليف الدائن على الوجه المبين في المادة (١٧٤٦) مع وجود البينات. أما الشهادة على الحي فقد بينت في المادة الآتية.

ويجري حكم هذه المادة في الشهادة على الجناية أيضاً. فعليه لو شهد الشهود أن هذا الرجل قد جرح فلاناً وقد بقي مريضاً لحين وفاته يكفي ولا حاجة لأن يصرح الشهود بأنه توفي من ذلك الجرح (تكملة رد المحتار).

وإذا ادعى بعين، يعني إذا ادعى أحد بأن له في يد المتوفي مالاً معيناً فالحال على هذا المنوال يعني إذا شهد الشهود بأن في يد المتوفي مالاً معيناً للمدعي يكفي ولا حاجة للجر أي للتصريح بأن المال المذكور باق في يد المتوفي لحين وفاته.

وإن قصدت المجلة في هذه الفقرة ذلك إلا أنه يرد عليها السؤال الآتي: وهو أن وضع يد المتوفي على ذلك المال اما أن يكون على طريق الأمانة كالمال المقبوض في الوديعة والمستعار والمستأجر والمرهون وسوم النظر وسوم الشراء بدون تسمية الثمن واما بطريق الضمان كالمال المأخوذ بطريق الغصب أو بسوم الشراء مع تسمية الثمن أو بالبيع الفاسد وفي هذه الصورة يوجد احتمالان في الأموال المذكورة.

الاحتمال الأول ـ أن تظهر تلك الأموال عيناً في تركة المتوفي ففي هذا الحال يستردها المدعي بالوجه المشروع ويثبت في هذه الصورةوضع يد المتوفي عليها إلى حين وفاته بظهور ذلك المال عيناً في تركته ويصبح قول الشهود بقيت يد المتوفي على ذلك المال إلى حين وفاته أو قولهم إنها لم تبقَ أو سكوت الشهود عن ذلك ليس فيه من فائدة أو مضرة. أما في الإدعاء بالدين فقول الشهود بأنه باق في ذمته إلى حين وفاته فيه فائدة كما بينا آنفاً.

الاحتمال الثاني ـ أن لا يكون المال موجوداً عيناً في التركة بأن يكون قد استهلكه المتوفي أو توفي مجهلاً أو أن يكون قد تلف في يده (الشبلي) والدعوى بهذه الصورة هي دعوى دين وهي داخلة في الفقرة الأولى من هذه المادة. ويجب إيجاد نقل في الكتب الفقهية موافقاً لهذه الفقرة من المجلة. نعم إن الفقهاء قد اختلفوا في مقبولية الشهادة على يد الحي واتفقوا في مقبولية الشهادة على يد الميت فعند الطرفين لا تقبل الشهادة على يد الحي في الماضي وبتعبير آخر لا تقبل الشهادة على يد الحي المنقضية.

مثلاً لو ادعى احد على المال الذي في يد آخر قائلاً: أنه ملكي وأن المدعي عليه واضع اليد عليه بغير حق وشهد الشهود بأن المدعي كان واضع اليد على هذا المال قبل شهر فبما أن هذه الشهادةلم تكن شهادة بملك المدعي بل هي شهادة على وضع يده السابق فلا تقبل، لأن وضع يد المدعي السابق كما أنه محتمل أن يكون على وجه الملكية يحتمل أيضاً أن يكون وديعة أو مستعاراً أو مأجوراً أو مغصوباً فالشهادة تكون واقعة على المجهول ففيها شك ولا يجوز الحكم بالشك (تكملة رد المحتار والشبلي) فلذلك لا يؤمر المدعى عليه بأن يعيد ذلك المال إلى المدعي الثابتة يده قديماً حيث أنه ثابت وضع يد الواضع اليد في الحال بالمعاينة أما وضع يد الطرف الآخر فهو ثابت بالشهود والأول أقوى من الثاني لأن المشاهدة بالعين تفيد علم اليقين وأما الشهادة فتفيد غلبة الظن (الزيلعي).

أما في الثلاث الصور الآتية فيحكم باعادة ذلك المال إلى واضع اليد الأول وهي:

١ ـ إذا شهد الشهود بأن المدعى عليه قد أحدث يده على ذلك المال بعد ذلك فيحكم بالاعادة لقوله عليه الصلاة والسلام (على اليد ما اخذت حتى ترد) «الزيلعي».

٢ ـ إذا اقر المدعى عليه بأن اليد للمدعي.

٣ ـ إذا شهد الشهود بأن المدعى عليه قد اقر بأن اليد للمدعي لأن حاصل ذلك جهالة المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزمه البيان (الشبلي وأبو السعود) أنظر المادة (١٥٧٩) وشرحها.

ولكن لا يكون المدعى عليه محكوماً بذلك فعليه لو اثبت المدعى عليه بعد هذه الاعادة بأن ذلك المال هو ماله وملكه فله اخذه (تكملة رد المحتار).

أما عند الإمام الثاني فالشهادة على اليد المنقضية مقبولة. فعليه إذا ثبتت اليد المنقضية يؤمر المدعى عليه باعادة المال المدعى به إلى الواضع اليد عليه الأول لأن الثابت بالبينة كالثابت بالعيان أو باقرار الخصم حيث أنه لو اقر المدعى عليه بوضع يد المدعي السابق على ذلك المال يؤمر المدعى عليه بالاتفاق باعادة المال للمدعي فكذلك إذا شهد الشهود بأن المدعى به كان في يد المدعي وأن المدعى عليه قد اخذه أو غصبه منه أو أن المدعي قد اودع أو أعار ذلك المال للمدعى عليه فتقبل شهادتهم ولو لم يشهدوا على ملك المدعي ويحكم باعادة المال للمدعي.

أما الشهادة على يد الميت فهي مقبولة بالاتفاق. فعليه لو ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: أنه ملكي كان ملكاً لمورثي فلان وقد اصبح موروثاً لي بوفاته فشهد الشهود بـأن هذا المال كان في يد مورثه فلان حين وفاته يكفي ولا حاجة لشهادتهم بأنه كان ملك المتوفي وفي هذه الصورة يحكم على المدعى عليه برد ذلك المال للمدعي حيث أن يد الميت لا تتنوع كيد الحي لأن يد الميت لو كانت أمانـة فبوفاته مجهلاً تنقلب الامانة ملكاً (تكملة رد المحتار) أنظر المادة (٨٠١).

المادة (١٦٩٥) - (اذا ادعى أحد على آخر ديناً فان شهدت الشهود بأن المدعى عليه مدين للمدعي بما ادعى به يكفي ولكن إذا سأل الخصم عن بقاء الدين إلى وقت الادعاءِ وقالت الشهود لا ندري ترد شهادتهم).

إذا ادعى أحد على آخر ديناً معلوم المقدار فان شهدت الشهود بأن المدعى عليه مدين للمدعي بذلك المقدار أي أنهم شهدوا بأن للمدعي على الآخر ذلك المطلوب فيكفي ولا يحتاج إلى التصريح بأن المدعى عليه مدين للمدعي إلى الآن. لأن هذه الشهادة دالة على المطلوب في الحال فيكون الشهود قد شهدوا بـأن المدعى عليه مدين للمدعي في الحال. وقد جاء في الفصل الخامس من الشهادات وتكملة رد المحتار (لأن الذي شهد أنه فرسه شهد بالملك له في الحال).

وهذه المسألة محتاجة للتفصيل وهي أن المدعى به على نوعين:

النوع الأول: الدين وفيه ثلاث صور:

الصورة الأولى - أن يدعي المدعي المطلوب في الحال وأن يشهد الشهود على الدين في الحال كأن يدعي المدعي قائلاً: أن لي في ذمة هذا الرجل عشرة دنانير ويشهد الشهود أيضاً قائلين نشهد بأن لهذا المدعي عشرةدنانير في ذمة المدعى عليه فالدعوى والشهادة التي تكون على هذه الصورة مقبولة بالاتفاق وبما أن الشهود الذين يشهدون على هذا الوجه يكونون قد شهدوا على الدين في الحال فلا يسأل الشهود هل أن الدين باق في ذمة المدين كما هو مصرح في الفقرة الآتية.

الصورة الثانية - أن يدعي المدعي الدين في الحال كما هو مذكور في الصورة الأولى وأن يشهد الشهود على الدين في الماضي؛ وهذه الشهادة مقبولة عند بعض الفقهاء كأن يدعي المدعي من آخر ديناً معلوم المقدار وأن يشهد الشهود بأنه كان للمدعي في ذمة المدعى عليه ذلك المقدار من الدين وشهادتهم هذه كافية ولا حاجة لتصريحهم بأن الدين باق في ذمة المدعى عليه.

إلّا أنه إذا سأل الخصم المشهود عليه الشهود أثناء شهادتهم على الصورة الآتية عن بقاء الدين وقالت الشهود لا ندري بقاءه في الحال فترد شهادتهم وحكم هذه الفقرة جار في العين أيضاً «الدر المختار وتكملة رد المحتار».

يسأل الشاهد هذا السؤال إذا اورده الخصم ولايحل للقاضي أن يسأل الشاهد الذي يشهد على الدين أو الملك في الماضي بقوله له: هل تعلم بأن الدين مطلوبه في الحال أو أن الملك ملكه في

الحال، لأنه إذا قال الشاهد لا أعلم فيكون ذلك باعثاً لضياع الحقوق (تكملة رد المحتار) كما أنه لو شهد الشهود قائلين: أن هذا الرجل قد باع هذا المال إلى هذا الشخص إلّا أننا لا نعلم هل أن هذا المال هو في ملك هذا الشخص في الحال أو لم يكن في ملكه فتقبل شهادتهم (البزازية) أما إذا قيل للشهود الذين شهدوا على الملك في الماضي هل تعلمون أن هذه العين خرجت من ملك المشهود له فأجابوا بقولهم لا نعلم فلا تبطل شهادتهم «تكملة رد المحتار».

ويفهم من الإيضاحات السالفة بأن هذه الفقرة الثانية الاستثنائية هي مستثناة من صورة الشهادة على الماضي الغير المذكور في المجلة فقد ذكر المستثنى بدون أن يذكر المستثنى منه[1].

الصورة الثالثة ـ أن يدعي المدعي الدين في الماضي وأن يشهد الشهود على الدين في الماضي أو في الحال كأن يدعي المدعي قائلاً: أنه كان لي في ذمة هذا الرجل كذا درهماً وأن يشهد الشهود في هذه الدعوى بقولهم: كان للمدعي في ذمة المدعي عليه ذلك المقدار من الدين أو أن للمدعي في ذمة المدعي عليه ذلك المقدار من الدين والدعوى والشهادة في هذه الصورة الثالثة غير مقبولة في العين كما سيوضح آتياً؛ أما في الدين فهل تقبل؟ فليحرر.

النوع الثاني: أن يكون المدعى به عيناً وفي ذلك الصور الثلاث التي مر ذكرها.

الصورة الأولى ـ أن يدعي المدعي الملك في الحال وأن يشهد الشهود على الملك في الحال فهذه الدعوى والشهادة مسموعة ومقبولة كدعوى المدعي قائلاً: أن هذه الدار لي الخ وأن يشهد الشهود قائلين: نشهد بأن هذه الدار هي لهذا المدعي.

الصورة الثانية ـ أن يدعي المدعي الملك في الحال وأن يشهد الشهود على الملك في الماضي وتكفي هذه الشهادة ولا يلزم المدعي أن يقيم البينة على ثبوت ملكه في الحال في ذلك المال (الزيلعي). كما أنه لو شهد أحد الشهود على الملك في الحال وشهد الآخر على الملك في الماضي تقبل (الخانية).

فبما أن هذه الشهادة تثبت المالك في الماضي وبما أن الأصل لكل ثابت دوامه ما لم يوجد المزيل فيحكم بالملك في الحال (البحر والحموي) أنظر مادتي (٥ و١٠) لأن اسناد الشهود الملك للماضي لا يدل على نفس الملك في الحال (تكملة رد المحتار والدرر)[2].

وكذلك تقبل الشهادة على الاقرار في الماضي.

مثال على الشهادة في الملك وفي الاقرار معاً. إذا ادعى المدعي قائلاً: ان هذه العين التي هي

---

(١) ويظن أن جامعي المجلة قد ظنوا أن الفقرة الأولى من الصورة الثانية هي من الصورة الثانية.

(٢) وهذا كما إذا ادعى عيناً في يد انسان أنه اشتراها من فلان غير ذي اليد وأقام البينة على الشراء منه وأنكر ذو اليد أنها ملك البائع فأقام المشتري بينة أنها كانت له يكتفي بذلك ويقضي له بها ولا يكلف اقامة البينة أنها كانت للبائع وقت البيع وهذا لأن ما ثبت فهو باق إلى أن يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل (الزيلعي).

في يد المدعى عليه ملكي والمدعى عليه واضع اليد عليها بغير حق فأطلب اخذها منه فشهد الشهود في دعواه هذه بأن هذه العين كانت ملكاً للمدعي أو أن المدعى عليه قد اقر بأنها ملك المدعي فيكفي ؛ لكن هذا عمل بالاستصحاب وهو حجة للدفع لا للاستحقاق فينبغي أن لا تقبل شهادتهم فيه لكن فيه حرجاً فيقبل دفعاً للحرج (تكملة رد المحتار).

كذلك لو شهد احد الشهود على الحال وشهد الآخر على الماضي فتقبل الشهادة كما ذكر آنفاً، مثلاً لو شهد أحد الشهود قائلاً: بأن هذه العين ملك للمدعي فتقبل هذه الشهادة حيث أنها شهادة على الملك في الحال كما أنه لو شهد الشاهد الآخر قائلاً: أن هذه العين كانت ملكاً للمدعي فتقبل أيضاً هذه الشهادة لكونها شهادة على الملك في الماضي لأن الذي شهد انه فرسه شهد بالملك له في الحال والذي شهد أنه كان ملكه فقد شهد له بالملك في الحال أيضاً لأن ما ثبت من الملك للمشهود له يبقى إلى أن يقوم دليل الزوال. الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات بتغيير ما).

الصورة الثالثة ـ أن يدعي المدعي الملك في الماضي وأن يشهد الشهود على الملك في الحال أو على الملك في الماضي وهذه الشهادة غير مقبولة (الخانية) لأن اسناد المدعي ملكه إلى الماضي دليل على نفي ملكه في الحال لأنه لو كان المدعى به ملكاً للمدعي في الحال فليس من فائدة ومنفعة في اسناد الملك إلى الماضي.

فعليه إذا ادعى المدعي دعوى الملك بالاسناد إلى الماضي فلا تكون دعواه صحيحة كما أنه لا تقبل الشهادة فيها. أما إذا ادعى المدعي الملك في الحال فتقبل شهادة الشهود باسناد الملك إلى الماضي، والفرق أن الشاهد يعلم بالملك في الماضي بمعاينة أسباب الملك كالاشتراء والاتهاب والقبض ولا يكون له علم يقين على الملك في الحال لأن الشاهد قد رأى اشتراء المدعي قبل شهر ثم افترق منه ويحتمل أن المدعي قد اخرج ذلك المال من ملكه ببيعه أو هبته وتسليمه في زمن الافتراق وعلى هذا يكون علم الشاهد على الملك في الحال حاصلاً بطريق الاستصحاب فقط وليس عن علم يقين فيحترز الشاهد من الشهادة على الملك في الحال استناداً على الاستصحاب فلذلك يوجد فائدة في اسناد الشاهد الملك إلى الماضي. أما المالك والمدعي فيعلم يقيناً ثبوت ملكه في الحال فلا فائدة من اسناد ملكه إلى الماضي (تكملة رد المحتار والبحر) أنظر شرح المادة (١٠).

الفصل الثالث

في بيان شروط الشهادة الأساسية

المادة (١٦٩٦) ـ(يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس).

يشترط سبق الدعـوى في قبول الشهـادة بحقوق النـاس، لأن القاضي منصـوب لفصل الخصومات والدعاوى فإذا لم تكن أمام القاضي دعوى أو خصومة فالاخبار أمام القاضي لاثبات حق لا يكون شهادة كما هو محرر في المادة (١٦٨٣).

مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: إن لي في ذمة زيد هذا عشرة دنانير وشهد الشهود الذين أتوا للشهادة في تلك الدعوى بأن لهذا المدعي عشرة دنانير في ذمة زيد إلا أن المدعي قد ابرأه من ذلك الدين فقال المدعي: إنني لم ابرئه كما أن المدعى عليه زيداً قال: بأنني لم استدن من المدعي شيئاً كما أنه لم يبرأني من شيء أي لم يدع الإبراء فيحكم بالعشرة دنانير على المدعى عليه بناء على شهادة أولئك الشهود (الخانية).

وقد جاء في الزيلعي (بانهما اتفقا على وجوب العشرة فتقبل وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا يقبل لعدم كمال النصاب ولا يقال إن المدعي كذب شاهده بالقضاء فينبغي ألا تقبل كما إذا شهد بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفاً، لأنا نقول لم يكذبه فيما شهد له وإنما كذبه فيما شهد عليه وذلك لايقدح).

ويرى في المثال السابق أنه حيث لم يدع المدعى عليه الابراء بطريق الدفع أصبحت الشهادة على الإبراء بلا حكم إلا أنه على الشاهد الذي يعلم أن المدعي قد أخذ مطلوبه من المدعى عليه ألا يشهد على الدين حتى لا يكون معيناً للظالم (أبو السعود).

كذلك لو شهد شاهدان بأن للمتوفي فلان في ذمة فلان عشرة دنانير وأنه ترك ذلك ميراثاً لولده الصغير زيد فلا يحكم بتلك الشهادة ما لم يكن مدع للدعوى.

ويجب في هذه الدعوى وجود شرطين:

الشرط الأول: أن تكون الدعوى المسبوقة هي نفس الدعوى التي شهد بها الشهود فعليه إذا كانت الشهادة موافقة للدعوى تقبل. لأنه قد سبق هذه الشهادة دعوى فإذا كانت مخالفة لها فلا تقبل، لأنه لم يسبق دعوى لهذه الشهادة ويفهم من ذلك أن هذه المادة هي في حكم السبب والعلة للمادة (١٧٠٦)(تكملة رد المحتار).

الشرط الثاني: أن تكون الدعوى صحيحة فلذلك لا تقام الشهود على دعوى غير صحيحة

مثلاً، إذا ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه، إن لي في ذمتك عشرة دنانير فأجابه المدعى عليه قائلاً: ليس لك في ذمتي حق وإني لا أعرفك مطلقاً فأثبت المدعي مطلوبه فرجع المدعى عليه ودفع الدعوى قائلاً: إنني أديت لك ذلك المبلغ أو أنك ابرأتني منه وأراد إثبات دفعه هذا لا يقبل لأنه لا يتصور أن يكون بين رجلين خصومة وقضاء ولا يعرف أحدهما صاحبه (الولوالجية في الفصل السابع من الشهادة) أنظر المادة (١٦٤٧) وشرحها.

فإذا سبقت الدعوى حسب التفصيل السابق فتكون الشهادة صحيحة ويعمل بموجب المادة (١٨١٨) أما إذا لم تسبق الدعوى فلا تصح الشهادة ولا يجوز الحكم بها.

الشهادة بحقوق الناس: إذ لا يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الله؛ لأن الادعاء بحقوق الله واجب على كل إنسان وبما أن كل إنسان خصم في تلك الدعاوى فتكون الدعوى موجودة حكماً (الدر المختار في باب الاختلاف في الشهادة) بناء عليه لا يشترط موافقة الشهادة للدعوى في حقوق الله؛ مثلاً لو قالت المدعية أن فلانا قد طلقني بالوكالة عن زوجي وشهد الشهود بأن زوجها المذكور قد طلقها بالذات فتقبل (تكملة رد المحتار).

وبعض المسائل التي هي من حقوق الله والتي تقبل بها الشهادة بدون سبق دعوى هي كما يأتي:

الوقف والحدود[1] والطلاق والايلاء بحرمة المصاهرة والظهار وعتق الأمة وتدبيرها (الاشباه).

الوقف: إذا كان مال موقوفاً على مسجد أو على فقراء فعند الإمامين تقبل الشهادة بلا دعوى وعند الإمام لا تقبل، أما إذا كان المال موقوفاً على أشخاص معينين وبتعبير آخر موقوفاً على قوم معينين فلا تقبل الشهادة بلا دعوى بالإجماع (الحموي).

مثلاً؛ إذا باع أحد عقاره لآخر وسلمه ثم ادعى بعد ذلك بأنني كنت وقفت ذلك العقار للفقراء وأقام البينة على ذلك فتقبل الشهادة ويحكم بموجبها بوقفية العقار. في هذه المسألة قد قبلت الشهادة بدون دعوى وإن يكن أنه يوجد هنا دعوى البائع والواقف إلا أنها غير مسموعة للتناقض بين ادعائه الوقف وبين بيعه المال قبله فتكون الشهادة بدون سبق دعوى وينقض البيع بها (الولوالجية قبيل الفصل الثالث من كتاب الوقف).

أما إذا لم يقم المدعي شهوداً على دعواه فليس له تحليف المشتري لأن التحليف بناء على الدعوى والدعوى لم تصح للتناقض. وإذا كان المذكور متولياً يعزل من التولية ويسلم العقار إلى متول آخر «الولواجية».

الطلاق: إذا شهد شاهدان في حضور القاضي أن زيداً هذا قد طلق زوجته هنداً الغائبة

(١) إلا حد القذف والسرقة وهلال الأشهر عدا هلال رمضان وهلال الفطر والأضحى.

طلاقاً ثلاثا تقبل شهادتهما (البهجة).

ويطلق على مثل الشهادة التي تقبل بدون سبق دعوى الشهادة الحسبية وإذا أخر هؤلاء الشهود شهادتهم بلا عذر يفسقون وترد شهادتهم. وقد اختلف في مدة التأخير الموجبة للفسق ورد الشهادة بين خمسة وستة أيام وقد أعطيت تفصيلات في ذلك في كتاب الشهادة في شرح الاشباه للحموي.

المادة(١٦٩٧)- (لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف المحسوس. مثلاً إذا أقيمت البينة على موت من حياته مشاهدة أو على خراب دار عمارها مشاهد فلا تقبل ولا تعتبر).

لا تقبل البينة العادية ولا بينة التواتر التي أقيمت على خلاف المحسوس، لأن البينة والشهادة هي عبارة عن الخبر الصدق مع أن هذا الخبر هو كذب محض.

والمحسوس بكسر الحاء مصدر الحس، والحس يجيء بمعنى الإدراك أيضاً ولكن معنى المحسوس ما هو الشيء الذي يحس بالحواس الخمسة وبالمشاعر الظاهرة، وتدعي قوى السمع والبصر والشم والذوق واللمس بالحواس الخمسة ويدرك الإنسان كيفية المحسوس بسبب القوة الموجودة في كل منها.

فعليه إذا أقيمت البينة على موت من حياته مشاهدة أو على خراب دار عمارها مشاهد فلا تقبل ولا تعتبر.

من حياته مشاهدة: مثلاً اذا ادعى المدعي قائلاً: إن مورثي فلاناً قد توفي وأن الوديعة التي في يد المدعى عليه أصبحت ميراثاً لي وأقام شاهدين على ذلك ثم ظهر أن مورثه المذكور حي تبطل الشهادة.

على خراب دار: إذا شهد شاهدان بأن المدعى عليه قد خرب دار هذا المدعي ثم ظهر بعد الكشف والمعاينة بأن الدار المذكورة عامرة كحالها السابق تبطل الشهادة، كذلك اذا أقام أحد البينة على أن المدعى عليه قد قطع يدي عمداً أو خطأ وكانت يده سليمة فلا تقبل بينته. كذلك لو شهد الشهود بأن عشرة ارطال من السمن الموجود في هذا الاناء هي للمدعي فظهر أن جميع السمن الموجود في ذلك الاناء خمسة ارطال أو شهد الشهود بأن عشرين ذراعاً من هذا الثوب هي للمدعي فظهر الثوب أنه خمسة عشر ذراعاً تبطل الشهادة لأن هذه الشهادات تقتضي أن يكون السمن زيادة عن عشرة ارطال وأن الثوب أزيد من عشرين ذراعاً مع أن المحسوس هو خلاف ذلك (الهندية).

المادة(١٦٩٨)- (لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المتواتر).

إن الدعوى خلاف المتواتر باطلة لكونها دعوى المحال فعليه لا تقبل البينة التي أقيمت على

خلاف المتواتر. لأن التواتر يفيد علم اليقين فالبينة التي تقام على خلافه تستوجب رد الشيء الثابت بالضرورة واليقين وبما أن الضروريات اليقينيات لا ترد ولا تقبل الشك فتكون هذه البينة كذباً محضاً كالبينة التي تقام على خلاف المحسوس (الفيضية) سواء كان المستند الى التواتر المدعي أو المدعى عليه أو كان التواتر مثبتاً أو منفياً وسواء كان في الأموال أو في غير الأموال أو كان قبل الحكم أو بعده فلا تقام على خلافه بينة عادية أو بينة التواتر لأن التواتر حجة قطعية وكما أنه من الممتنع وقوع المتناقضين في الخارج فلا يقع في الحجج القطعية تناقض فلذلك يستحيل تواتر النقيضين.

مثلاً، إذا ثبت تواتراً أن زيداً كان في أول أسبوع من عيد الأضحى في دمشق فيجزم العقل والحكم بأن زيداً المذكور كان موجوداً في ذلك الوقت في ذلك المحل كالجزم فيما لو علم ذلك عن مشاهدة فإذا أقيمت بينة التواتر بأن زيداً كان في بغداد البعيدة مدة السفر البعيد فلا تعد بينة تواتر ولو كان عددها أزيد من عدد الأول. لأن العقل إذا جزم بمقتضى التواتر الأول فلا يفيد الشيء الذي سمي تواتراً ثانياً علماً قطعياً بل لا يفيد الظن.

مثلاً لو أقيمت البينة تواتراً على حرق دار مشاهد وجودها فلا يكون ذلك تواتراً بل يكون كذباً محضاً فلذلك لا تقام بينة التواتر مرة أخرى لا من المدعي ولا من المدعى عليه (الازميري والبهجة في فصل في الشهرة والتواتر والمجموعة الجديدة بإيضاح).

فعلى هذه الصورة اذا بين الطرفان بأنهما سيثبتان دعواهما ببينة التواتر فلا ترجح بينة أحدهما توفيقاً للمسائل التي ترجح فيها البينة العادية بطلب البينة من الطرف الراجح. فلذلك إذا استند الطرفان على بينة التواتر واحضر كل منهما جماعة فالقاضي يمعن النظر فيقبل خبر جماعة الطرف الذي يرى أنه جامع شروط التواتر وموجب لاطمئنانه لأن التواتر لما كان خبراً صدقا ويحصل به علم اليقين فتكون حجة الطرف الآخر كذباً محضاً ومن المحال أن تجتمع شروط التواتر في البينتين وأن يطمئن القاضي بهما، وإذا كانت الجماعة التي احضرها كلا الطرفين غير جامعة شروط التواتر تكون في حكم البينة العادية والقاضي يزكي شهود الطرف الراجح توفيقاً لمسائل ترجيح البينات ويحكم أي يجري المعاملة حسب المادة (١٧٦٩).

المادة (١٦٩٩)- (إنما جعلت البينة مشروعة لاظهار الحق فعليه لا تقبل الشهادة بالنفي الصرف كقول الشاهد: فلان ما فعل هذا الأمر والشيء الفلاني ليس لفلان وفلان ليس بمدين لفلان ولكن بينة النفي المتواتر مقبولة. مثلاً لو ادعى أحد بأني اقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل الفلاني كذا مقداراً من الدراهم وأثبت المدعى عليه بالتواتر أنه لم يكن في الوقت المذكور في ذلك المحل بل كان في محل آخر تقبل بينة التواتر ولا تسمع دعوى المدعي).

إنما جعلت البينة مشروعة لإظهار الحق وإثباته ولم تشرع لنفي الحق (الفيضية) أنظر المادة

(١٦٨٢) لأن وضع الشهادة هو لإثبات خلاف الظاهر كما بين في المادة (٧٧). فلذلك إذا وجدت بينتا إثبات وكانت احداهما أكثر من الأخرى فتقدم الزائدة والحال أن النفي والعدم لم يكن خلاف الظاهر بل هو الظاهر والأصل كما أن الشهادة متضمنة المشاهدة والمشاهدة تحصل بالعلم ولا تحصل بالنفي (تكملة رد المحتار والحموي بزيادة).

سؤال ـ إذا ادعى المدعي من المدعى عليه عشرة دنانير فدفع المدعى عليه دعواه بقوله: قد ابرأتني من ذلك المبلغ. وشهادة الشهود الذين يقيمهم المدعى عليه للشهادة (بأن هذا الدائن ابرأ هذا المدين من العشرة دنانير) ليست شهادة لإظهار وإثبات الحق بل هي لاظهار عدم الحق فكان يجب عدم قبول تلك الشهادة مع أنها مقبولة. وجوابه قد مر ذكره في شرح المادة (١٦٨٤).

٢ـ سؤال ـ إذا ادعى المدعي بعشرة دنانير على المدعى عليه فدفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: قداوفيتك ذلك المبلغ. وشهادة الشهود الذين يقيمهم المدعى عليه لإثبات هذا الدفع لا يثبت بها وجود الحق بل يثبت بها بأنه ليس للمدعي حق عند المدعى عليه كما أن المدعى عليه لم يكن مدعياً بحق من المدعي حتى يمكن أن يقال أنه يظهر ذلك الحق، وجواب ذلك يعلم من مراجعة شرح المادة (١٥٨).

فلذلك إذا شهد الشهود على أحد على قول أو فعل وقع في مكان أو زمان أو على قول أو فعل كالبيع والإجارة والطلاق والقتل والقصاص فإذا أقام المشهود عليه بيّنة على كونه لم يكن في ذلك المكان أو الزمان فلا تقبل بيّنته.

كذلك لو شهد الشهود بقولهم: فلان ما فعل هذا الأمر، وهو مثال على الأفعال، والشيء الفلاني ليس لفلان، وهو مثال على الأعيان، وفلان ليس بمدين لفلان وهو مثال على الديون، وفلان لم يقر بالشيء الفلاني وهو مثال على الأفعال من الأقوال فلا تقبل، لأنها شهادة على النفي الصرف سواء أكان النفي لفظاً ومعنى أو كان معنى. فعليه لا يجوز إثبات ان الشاهد شاهد زور وأنه شهد باطلاً لأن هذه الشهادة هي شهادة نفي. كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المدعى عليه قد بأعني في سنة كذا في أول يوم من شهر رمضان في يوم الجمعة في دمشق فرسه بخمسماية درهم وأثبت مدعاه فأراد المدعى عليه أن يقيم بيّنة يثبت بها بأنه في اليوم المذكور لم يكن في ذلك المحل بل كان في محل آخر بعيد فلا تقبل بيّنته لأن قوله لم أكن في ذلك المحل هو نفي صورة ومعنى كما أن قوله كنت موجوداً في المحل الفلاني نفي معنى «الفيضية».

كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المال هو لي حتى أنك قد أقررت في دمشق في الجامع الأموي بأنه ملكي وأثبت الإقرار المذكور فأقام المدعى عليه بيّنة بأنه كان في ذلك الوقت في الزبداني فلا تقبل لأن هذه الشهادة وإن لم تكن نفياً لفظاً إلاّ أنها نفي معنى (الهندية).

كذلك إذا ادعى المستودع قائلاً: إنني رددت لك الوديعة وأعدتها إليك في اليوم الفلاني في دمشق وادعى المودع قائلاً: قد كنت في ذلك الوقت في حلب وأراد إقامة البيّنة فلا تقبل لأنها نفي

معنى (الأنفروي الحموي) أما إذا أقام المودع البيّنة على أنه كان في ذلك الوقت في حلب تقبل البيّنة.

مستثنيات - إلّا أنه يستثنى من ذلك مسألتان:

أولاً: تقبل بيّنة النفي المتواتر كقبول الإثبات المتواتر (علي أفندي) سواء كان المستند إلى بيّنة التواتر المدعي أو المدعى عليه. أنظر شرح المادة (١٦٩٧).

مثلاً؛ لو ادعى أحد بأني أقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل الفلاني كذا مقداراً من الدراهم أو بعت له مالاً بكذا درهماً وأثبت المدعى عليه بالتواتر أنه لم يكن في الوقت المذكور في ذلك المحل بل كان في محل آخر تقبل بيّنة التواتر ولا تسمع دعوى المدعي لأنه قد علم ضرورة بأن المدعى عليه لم يكن في ذلك المحل فلا يكذب الشيء الثابت بالضرورة ولا يدخل الشك فيها وقد تحقق بأن دعوى المدعي كذب محض (الحموي والبزازية).

ثانياً: تقبل البيّنة المقامة على شرط منفي، مثلاً إذا حلف أحد قائلاً: إذا لم أدخل داري هذا اليوم تكون زوجتي طالقاً وأقامت الزوجة البيّنة على عدم دخول زوجها الدار ذلك اليوم تقبل. كذلك لو قال أحد: إذا لم يحضر إلي فلان هذه الليلة ولم أحادثه تكون زوجتي طالقاً وشهد الشهود على أن فلاناً لم يحضر إليه ولم يتحادث معه تقبل. وقبول الشهادة على النفي الصرف في هذه الأمثلة هو لأن المقصود الأصلي إثبات الجزاء يعني مثلاً إثبات وقوع الطلاق وهذا ليس ينفي بل إثبات وإظهار (البزازية).

المادة (١٧٠٠) - (يشترط ألّا يكون في الشهادة دفع مغرم أو جر مغنم يعني ألّا يكون داعية لدفع المضرة وجلب المنفعة بناء عليه لا تقبل شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل يعني لا تقبل شهادة الآباء والأجداد والأمهات والجدات لأولادهم وأحفادهم وبالعكس أعني شهادة الأولاد والأحفاد للآباء والأجداد والأمهات والجدات وهكذا شهادة أحد الزوجين للآخر وأما الأقرباء الذين هم ما عدا هؤلاء فتقبل شهادة أحدهم للآخر، وكذلك لا تقبل شهادة التابع الذي يتعيش بنفقة متبوعه، والأجير الخاص لمستأجره وأما الخدمة الذين يخدمون مولى فتقبل شهادة أحدهم للآخر، وكذلك لا تقبل شهادة الشركاء لبعضهم في مال الشركة ولا تقبل شهادة الكفيل بالمال للأصيل على كون المكفول به قد تأدى.. ولكن تقبل شهادة أحدهم للآخر في سائر الخصوصات).

يشترط ألّا يكون في الشهادة أو بعضها دفع مغرم أو جر مغنم يعني ألّا يكون للشهود داعية لدفع المضرة وجلب المنفعة وهذا يثبت بدليلين:

أولاً: الدليل الشرعي. إذ ورد في الحديث الشريف (لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا امرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الأجير لمن استأجره).

ثانياً: الدليل العقلي. وهو أنه لما كان بين الأصل والفرع اتصال في المنافع، حتى أنه لا يجوز إعطاء الزكاة من أحدهما للآخر كانت شهادة أحدهما للآخر تتضمن الشهادة لنفسه (الزيلعي والولوالجية).

حتى أن الحسن رضي الله عنه كان شهد في حضور القاضي شريح لوالده علي كرم الله وجهه فلم يقبل القاضي شهادته وطلب شاهداً آخر (الشبلي والزيلعي).

فعليه إذا وجد في الشهادة دفع مغرم أو جر مغنم لا تقبل كما هو الحال في شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل. أما إذا لم يوجد في الشهادة دفع مغرم أو جر مغنم فتقبل الشهادة كقبول شهادة ما عدا ذلك من الأقرباء. كذلك إذا شهد شاهدان لمدعيين في دعوى ثم شهد المدعيان في دعوى أخرى للشاهدين فتقبل شهادتهما (أبو السعود وعلي أفندي والبهجة).

وقد ذكر في هذه المادة أصلان لمنع الشهادة:

الأصل الأول: يشترط في الشهادة ألّا يكون فيها داعي مغرم ومعنى المغرم المضرة. ويتفرع عن هذا الأصل المسائل الآتية:

أولاً ـ لا تقبل شهادة الكفيل بالمال للأصيل على كون المكفول به قد تأدى الواردة في هذه المادة حيث ان الأصيل بهذه الشهادة والكفيل بموجب المادة (٦٦٥) يبرأ من الدين فيكون قد خلص نفسه من الضمان بهذه الشهادة.

ثانياً ـ لو باع شخص مالاً لزيد وهذا باعه لبكر فادعى بكر أنني أشتريت المال من ذلك الشخص وشهد زيد على ذلك فلا تقبل شهادته إذ ان زيداً بشهادته يبعد عهدة البيع عن نفسه (الأنقروي).

ثالثاً ـ إذا ادعى الدائن ألف درهم من المتوفي وقبل أن يثبت دعواه بالشهود أدى اثنان من الورثة ذلك المبلغ للدائن من التركة ثم شهدا على دعواه المذكورة فلا تقبل شهادتهما لأن إعطاءهما المبلغ المذكور من التركة بلا إثبات يوجب عليهما ضمان حصة باقي الورثة فكان في هذه الشهادة دفع مغرم عنهما، أما إذا شهدا على ذلك قبل أداء الدين فتقبل شهادتهما.

رابعاً ـ إذا ادعى المكفول له المكفول به من المدين الأصيل وشهد الكفيل فلا تقبل شهادته (علي أفندي) لأنه إذا حكم الأصيل واستوفى المحكوم به منه يبرأ الكفيل.

خامساً ـ إذا شهد الكفيل على نفس المدعى عليه بأن المدعى عليه قد أدى المبلغ الذي وقعت عليه الكفالة بالنفس فلا تقبل شهادته (الكفوي).

سادساً ـ لو كفل اثنان الدين المطلوب لأحد من آخر فادعى الدائن على زيد قائلاً: إنك

كفيل على المبلغ المذكور وشهد الاثنان المذكوران على ذلك فلا تقبل شهادتهما (مبهمات المفتين).

سابعاً ـ إذا أدى وصيان دين المتوفي للدائن بلا حكم القاضي ثم شهدا بعد الأداء بأن للدائن القابض ذلك الدين في ذمة المتوفي فلا تقبل شهادتهما ويضمنان ما دفعاه (ولو شهدا أولاً ثم أمرهما القاضي بقضاء الدين وقضياه لا يلزمهما الضمان) (الأنقروي).

ثامناً ـ لو شهد المدين لزيد مع شاهد آخر بأن زيداً قد أقر بأن الدين الذي له في ذمته هو لفلان فلا تقبل شهادتهما قبل أداء الدين وتقبل بعد الأداء (الخانية).

الأصل الثاني: ألّا يكون في الشهادة داعي جر مغنم، ويتفرع عن ذلك ما يأتي:
أولاً ـ لا تقبل شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل وأحد الزوجين للآخر كما ورد في هذه المادة.

ثانياً ـ لا تقبل شهادة من يتعيش بنفقة آخر وشهادة أجيره الخاص.
ثالثاً ـ لا تقبل شهادة الشركاء لبعضهم في مال الشركة.
رابعاً ـ لا تقبل شهادة الصديق لصديقه إذا وصلت صداقتهما إلى مرتبة تصرف أحدهما في مال الآخر كما هو مذكور في المادة الآتية. كما أن المادتين (١٧٠٣ و١٧٠٤) من المجلة تتفرعان عن هذا الأصل.

خامساً ـ لو كان لأربعة أناس في ذمة آخر ألف درهم ديناً مشتركاً وشهد اثنان منهما بأن المشاركين الآخرين قد أبرأ المدين من حصتهما في الدين فلا تقبل شهادتهما سواء قبض هذان الشاهدان مقداراً من الدين أو لم يقبضا حيث ان ما يقبضانه من المدين يشترك المشهود عليهما فيما قبضاه بحكم المادة (١١٠١) فلذلك كان في هذه الشهادة جر مغنم أي أنها تقطع المشاركة. أنظر المادة (١١١٠) «الهندية والأنقروي».

سادساً ـ إذا شهد الشهود بأجرة فلا تقبل شهادتهم حتى أنه لو كان الشهود في قرية ويمكنهم الذهاب إلى حضور القاضي مشياً أو كانوا مقتدرين على دفع أجرة حيوان يركبونه فركبوا الحيوان الذي استأجره المشهود له فلا تقبل شهادتهم. أما إذا أكل الشهود من طعام المشهود له سواء كان مهيأ لهم أم لا فعلى قول أبي يوسف وهو المفتى به تقبل شهادتهم (البحر وأبو السعود).

كذلك لو ركب الشاهد الحيوان الذي استأجره المشهود له وكان غير مقتدر على الحضور إلى مجلس القاضي ماشياً أو غير مقتدر على استئجار حيوان فلا يمنع ذلك من قبول شهادة الشهود لأن ذلك من قبيل إكرام الشهود وقد ورد في الحديث الشريف (أكرموا شهداءكم) «البحر ورد المحتار».

سابعاً ـ لو اختلف أهالي ثلاث قرى على حدود قراهم فلا تقبل شهادة أحدهم على بعضهم بل يجب أن يكون الشهود غيرهم خالين من الغرض (أبو السعود).

ثامناً ـ لو شهد دائن بعد وفاة المدين بأن هذا المال للمدين المتوفي فلا تقبل شهادته سواء

كـانت تركته وافية بالديون أولا . أما لو شهد الدائن في حياة المدين ولو كان المدين مفلساً وكان المشهود به من جنس مطلوبه فتقبل شهادته كما أنه تقبل شهادة المكفول له لكفيله (الفيضية) لأن دين المدين بعد وفاته يتعلق بماله أما دينه في حياته فلا يتعلق بماله (الهندية والنتيجة).

ولو ادعى على ميت ديناً وقضى له بذلك وقد ترك وفاء ثم أن المقضي له شهد للورثة بدين للميت على رجل لا تقبل لأنه ينتفع به (الأنقروي عن التاتارخانية).

تاسعاً ـ إذا كانت دار مشتركة بين ثلاثة أشخاص فاقتسموها بينهم وأخذ كل منهم حقه في الدار وشهد بعد ذلك اثنان منهم أن شريكهما الثالث قد باع حصته من آخر فلا تقبل شهادتهما حيث ان لهذا الشريك الثالث نقض القسمة إذا وجد عيب قديم في حصته وبهذه الشهادة يسقط حقه ويستفيد الشهود من ذلك (الولوالجية في الفصل الثالث من الشهادات).

عاشراً ـ لا تجوز شهادة المستعير والمستأجر والمودع قبل الرد للمدعي المعير (الخيرية)[1].

حادي عشر ـ إذا شهد أهالي قرية أن هذه الضيعة من قريتهم فإذا كانت منافع الضيعة عائدة للعموم فلا تقبل أما إذا كانت منافعهـا مخصوصة بجماعة معينين وكان الشهود ليسوا منهم فتقبل.

ثاني عشر ـ إذا شهد أهل الطريق على شيء من مصالحها فإذا كانت الطريق غير نافذة فلا تقبل. مثلاً إذا شهد أصحاب الطريق الخاص بأن هذا المحل المعين هو جزء من الطريق الخاص ترد شهادتهم أما إذا كانت الطريق نافذة ولم يطلب الشاهد حقاً لنفسه فيها كطلبه فتح باب على تلك الطريق فتقبل شهادته وإلاّ فلا (الدر المختار والطحطاوي).

ثالث عشر ـ إذا شهد الشاهد أن هذا العقار موقوف على نفسه أو على أحد أولاده وان سفلوا أو على آبائه وان علوا فلا تقبل شهادته، كذلك لو شهد أنه موقوف على نفسه وعلى فلان الأجنبي فلا تقبل شهادته للأجنبي أيضاً (جامع الفصولين).

كذلك لو اشترى رجل مالاً وكفل له رجلان بما يلحقه فيها ثم شهد الكفيلان أن البائع انتقد الثمن لا تقبل شهادتها وكذا لو شهدا أن البائع أبرأه عن الثمن (الخانية).

إذا وجد في بعض الشهادة دفع مغرم أو جر مغنم فترد كل الشهادة فلذلك لو ادعى أحد مع أخته زينب مالاً وشهد في هذه الدعوى زوج زينب وآخر أجنبي فترد شهادة الزوج في الكل مع كون شهادة الزوج لزوجته غير جائزة وشهادته لأخ زوجته جائزة. أنظر المادة (٤٦) «الحموي».

كذلك لو كان لأحد دين في ذمة ثلاثة أشخاص وشهد إثنان من هؤلاء بأن الدائن قد أبراهما وأبرأ المدين الثالث ينظر: فإذا كانوا كفلاء لبعضهم البعض فلا تقبل شهادتهما وإذا لم يكونوا كفلاء

---

(١) ولو شهد الساكنان بأجر أو بغير أجر لرب الدار جاز عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز فإن شهد المرتهنان للمدعي على راهن تقبل ولو شهد الراهنان لا تقبل (لسان الحكام).

لبعضهم ينظر أيضاً: فإذا شهدا على الإبراء بكلمة واحدة لا تقبل شهادتها وإلا فتقبل «البحر وتكملة رد المحتار».

إلا أنه ليس في الشهادات الآتية جر مغنم:

١ ـ إذا اغتصب أحد مرعى مدينة وزرعه وشهد بعض أهالي تلك المدينة على الغصب فإذا كان أهالي تلك المدينة غير محصورين وليس للشهود حيوانات فتقبل شهادتهم (فتاوى أبي السعود).

٢ ـ إذا ادعى أن مالاً هو وقف مشروط لمعلم المدرسة الفلانية فإذا شهد من كان ولده تلميذاً في تلك المدرسة على ذلك فتقبل شهادته.

٣ ـ إذا أقام المتولي دعوى بأن الماء هو ماء السبيل العائد للمحلة الفلانية وشهد شهود من أهالي تلك المحلة في تلك الدعوى فتقبل شهادتهم.

٤ ـ إذا شهد أهل المحلة بأن المحل الفلاني هو وقف للمسجد الكائن في محلتهم فتقبل شهادتهم كما أنه لو شهد الفقهاء المقيمون في مدرسة بأن المحل الفلاني هو وقف لتلك المدرسة فتقبل شهادتهم.

٥ ـ لو شهد أبناء السبيل أن المال الفلاني هو وقف على أبناء السبيل فتقبل شهادتهم؛ وقيل إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك لا تقبل وإلا فتقبل؛ وقيل تقبل على كل حال لأن كون الفقيه في المدرسة والرجل في المحلة والصبي في المكتب غير لازم بل ينتقل (الأنقروي عن البزازية).

فلذلك لا تقبل شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل؛ يعني لا تقبل شهادة الآباء والأجداد والأمهات والجدات لأولادهم وأحفادهم وبالعكس أعني شهادة الأولاد والأحفاد للآباء والأجداد والأمهات والجدات وهكذا شهادة أحد الزوجين للآخر. أما شهادة هؤلاء على بعضهم البعض فمقبولة لأنه لا تهمة فيها، مثلاً لو شهد أحد بأن أباه مدين لفلان فتقبل شهادته؛ كذلك لو ادعى المدين قائلاً: قد حولت ديني الذي لهذا الدائن على عمرو هذا وشهد شاهدان على قبول عمرو فتقبل هذه الشهادة إذا كان عمرو منكراً سواء كان للمحيل دين في ذمة عمرو أو لم يكن وسواء كانت الحوالة بأمر المحيل أو لا أما إذا كان عمرو مدعي الحوالة، فإذا كانت الحوالة بأمر المحيل فتقبل شهادة ولدي عمرو على ذلك سواء كان عمرو مديناً للمحيل أو لم يكن، أما إذا كانت الحوالة بلا أمر المحيل فتقبل هذه الشهادة. لأن الحوالة متى كانت بأمر المحيل كانت الشهادة قائمة على الأب من وجه وللأب من وجه، أما على الأب من حيث أنها توجب للأب مثل ذلك في ذمة المحيل وفي مثل هذا تقبل الشهادة إذا كان الأب منكراً ولا تقبل إذا كان مدعياً (الولوالجية في الفصل الرابع من الشهادات).

أمثلة على عدم قبولها في حق المال:

١ ـ لو ادعت والدة شخص على والده بأنه اشترى هذا المال بكذا درهماً فإذا شهد الولد لأمه وعلى والده فلا تقبل شهادته (الطحطاوي).

٢ ـ توفي زيد وترك ولده عمراً وبنتين فادعى عمرو على أحد قائلاً: إن هذا المال هو لأبي المتوفي وهو ميراث لي وشهد على دعواه هذه زوجا البنتين فلا تقبل شهادتهما حيث لو قبلت هذه الشهادة فتأخذ البنتان حصة ارثـية من ذلك المال فتكون شهادتهما شهادة الزوج للزوجة (الهندية).

٣ ـ لو ادعت بنت مالاً من أختها وشهدت أمهما في تلك الدعوى لا تقبل شهادتها لأن هذه الشهادة وإن كانت على أحد بنتيها إلا أنها شهادة لبنتها الأخرى انظر المادة (٤٦) «الهندية وتكملة رد المحتار».

أمثلة على عدم قبولها في غير المال:

١ ـ لو شهد ولد بأن والده طلق زوجته فإذا كانت أمه تحت نكاح أبيه فلا تقبل شهادته (الأشباه و ابو السعود المصري).

٢ ـ إذا شهد الآباء والأجداد بأن أولادهم وأحفادهم قد وكلوا من فلان بالخصوص الفلاني وبالعكس لو شهد الأولاد والأحفاد أن آباءهم وأجدادهم قد وكلوا من فلان في الخصوص الفلاني فلا تصح شهادتهم (الهندية).

كذلك إذا كان المشهود له أجنبياً وكان الموكل من الأصول أو الفروع فلا تقبل الشهادة أيضاً فلذلك لو شهد أحد أن والده الغائب قد وكل فلاناً في الخصوص الفلاني فلا تقبل شهادته سواء قبل الوكيل الوكالة أو لا (الدرر).

مستثنى ـ يجوز في المسألة الآتية شهادة الأصل للفرع:

إذا ادعى زيد شيئاً من أبيه عمرو فإذا شهد جد زيد أي والد عمرو في دعوى زيد هذه على ابنه عمرو ولحفيده فتقبل شهادته، لأن الولد أقرب للشاهد من حفيده وأعز فشهادته على ولده دليل على صدقه وتنتفي التهمة التي توجب رد الشهادة.

شهادة أحد الزوجين للآخر، إذا عرضت الزوجية بعد الشهادة وقبل الحكم فهي مانعة للشهادة أيضاً كما أن شهادة المطلقة ولو بائناً في عدتها لزوجها المطلق باطلة ولا يجوز الحكم بها (الهندية).

أما الأقرباء الذين هم ما عدا هؤلاء فتقبل شهادة أحدهم للآخر وعليه. لأنه ليس في ذلك تهمة والآية الجليلة (واشهدوا ذوي عدل منكم) عام ويعمل بالعام ما لم يوجد دليل التخصيص (الشبلي) فلذلك تقبل شهادة الأخ والأخت والعم والأبوين رضاعاً كما أنه تقبل شهادة الحماة و الـحم وبنت الأخت والربيبة والصهر وزوجة الابن لأن تأثير الرضاع والمصاهرة هو خاص في

حرمة النكاح فقط أما فيما عدا ذلك من الأحكام فهم أجانب (الولواجية في الفصل الرابع من الشهادات).

كذلك لا تقبل استحساناً شهادة التابع الذي يتعيش بنفقة متبوعه ولو لم يكن يتقاضى أجرة منه والأجير الخاص المستأجر مياومة أو مشاهرة أو مسانهة لمستأجره (علي أفندي)[١].

لأن المستأجر يملك منفعة الأجير والحال أنه لا تجوز شهادة المملوك للمالك فلو قبلت هذه الشهادة لكانت شهادة بالأجرة (الولواجية في الفصل الرابع من الشهادات والشبلي).

حتى أنه لو شهد أحد لأحد ثم صار أجيراً لمن شهد له قبل الحكم بالشهادة تبطل شهادته (الولواجية).

وكذلك لا تجوز شهادة المزارع لرب الأرض إذا كان البذار من صاحب الأرض. لأنه أجيره «البهجة».

وكذلك لا تقبل شهادة الأجير المستأجر ليوم واحد لمستأجره في ذلك اليوم أما إذا أعاد شهادته بعد انقضاء الإجارة فتقبل (رد المحتار والولواجية في الفصل الرابع من الشهادات).

أما الخدم الذين يخدمون مولى فتقبل شهادة أحدهم للآخر لأنهم ليسوا أجراء بعضهم البعض بل أجراء مولاهم (النتيجة).

وكذلك لا تقبل شهادة أحد الشركاء للآخر في مال الشركة سواء كانوا شركاء شركة أملاك أو شركة عقد وسواء كانت شركة العقد شركة مفاوضة أو عنان أو كانت شركة وجوه وصنائع وسواء كان ذلك المال رأس مال الشركة أو كان ربحها. لأن المشهود به هو مشترك بين المشهود له والشاهد فتكون هذه الشهادة من وجه شهادة لنفسه وفيها جر مغنم للشاهد وبما أن الشهادة غير متجزئة فلما بطلت في البعض بطلت في الكل إذ هي شهادة (العناية والفيضية).

أجيره الخاص ـ أما الأجير المشترك فتقبل شهادته لمستأجره لأن منفعة الأجير المشترك غير مملوكة للمستأجر ألا يرى أن لهذا الأجير أن يؤجر نفسه لآخر في مدة الإجارة (الولواجية في المحل المذكور) وعليه فللخياط أن يشهد لمن يخيط قميصه عنده كما أن للقابلة أن تشهد على الولادة (الطحطاوي والشبلي).

لمستأجره ـ أما لو شهد الشاهد لزوجة مستأجره فشهادته جائزة يعني لو شهد أجير أحد الخاص لزوجة مستأجره فتقبل شهادته (البهجة).

أحد الشركاء ـ كذلك لا تقبل شهادة أجير الشريك الخاص للشريك (تكملة رد المحتار).

في مال الشركة ـ أما شهادة الشركاء لبعضهم في غير مال الشركة فهي جائزة كما أن شهادة

---

(١) لا تقبل شهادته لأستاذه لا في تجارة ولا في شيء آخر

الشريك على شريكه في مال الشركة هي شهادة على نفسه وإقرار منه (أبو السعود).

شهادتهم ـ وهذا التعبير يشمل الشهادة على الشهادة يعني أنه لا تجوز الشهادة على الشهادة في مال الشركة. مثلاً لو تكونت دعوى بين زيد وعمرو على مال فحمل بكر الذي هو شريك زيد في ذلك المال شهادته لاثنين وشهد الإثنان على ذلك المال لزيد بطريق الشهادة على الشهادة فلا تقبل (علي أفندي).

لا تقبل الشهادات الآتية بسبب الشركة:

١ ـ لا تجوز شهادة الموصى له بألف مرسلة أو بشيء معين للموصى له المتوفي. لأنه بهذه الشهادة يتزايد محل الوصية أو ينال سلامة العين الموصى بها.

٢ ـ لا تقبل دعوى مرتزقة وقف في دعوى غلة النقود الموقوفة لذلك الوقف. لأن للشاهد حصة في المشهود به وتكون من قبيل شهادة الشريك للشريك. أما إذا كانت متعلقة بأصل الوقف فتقبل شهادة المرتزقة، كذلك لو ادعى متولي وقف بدل إجار حانوت موقوف على إمام جامع على المستأجر فلا تعتبر شهادة أمام الجامع في تلك الدعوى (علي أفندي).

أما لو شهد مدرس مدرسة أو طلبتها على وقف تلك المدرسة أو شهد من له ولد في المدرسة على وقف تلك المدرسة أو شهد أهالي محلة على وقف تلك المحلة فتصح شهادتهم (تكملة رد المحتار).

٣ ـ لو ادعى متولي وقف مشروط على عوارض أهالي تلك المحلة مبلغاً من غلة الوقف فلا تقبل شهادة أهالي تلك المحلة الذين يؤدون عوارض أما شهادتهم على النقود الموقوفة فمقبولة «علي أفندي والخيرية».

٤ ـ لو شهد إثنان قائلين: إن لنا ولفلان في ذمة هذا الرجل ألف درهم ففي ذلك ثلاثة احتمالات:

الإحتمال الأول ـ أن ينص الشاهدان على الشركة، وبتعبير آخر أن يقول الشهود أن الألف درهم مشتركة بيننا الثلاثة فهذه الشهادة غير مقبولة. انظر المادة (١١٠١).

الاحتمال الثاني ـ أن يطلق الشهود الشهادة فلا تقبل هذه الشهادة أيضاً بسبب احتمال الشركة. انظر المادة (٧٣).

الاحتمال الثالث ـ أن ينص الشهود على عدم الشركة وهو أن يقولوا: إن لهذا المدعي في ذمة هذا المدعى عليه خمسمائة درهم بسبب وإن لنا في ذمته بسبب آخر خمسماية درهم أخرى ففي هذه الصورة تقبل شهادتهم في حق طلب المدعي. انظر المادة (٩٩) «البحر وتكملة رد المحتار».

٥ ـ إذا كان الشهود الذين شهدوا بأن زيداً قد أوصى لفقراء جيرانه أو لأهل بيت من فقراء جيرانه أو من أهل بيته بكذا فلا تقبل شهادتهم إذا كانوا فقراء أما إذا كانوا أغنياء فتقبل إذ لا يكون لهم في هذه الحالة حصة في الوصية.

إلا أن الشهادتين الآتيتي الذكر مقبولتان:

١ ـ إذا شهد شهود قائلين: إن المتوفي زيداً قد أوصى بثلث ماله لقبيلة بني فلان فتصح شهادتهم ولو كانوا من أفراد تلك القبيلة إلا أنه لا يأخذ الشهود حصة من تلك الوصية.

٢ ـ إذا شهد شهود بأن المتوفي زيداً قد أوصى لفقراء جيرانه وكان الشهود من الفقراء المذكورين فتصح شهادتهم إلا أنهم لا يأخذون حصتهم من الوصية، والفرق بين الأول (المسألة الخامسة) والأخيرين أنه يجوز تخصيص البعض منهم بخلافه في الأول.

٦ ـ إذا أوصى أحد لفقراء جيرانه وكان الشهود الذين شهدوا على تلك الوصية من الفقراء الذين لهم أولاد محتاجون فلا تقبل شهادتهم لأولادهم أو لغير أولادهم؛ والفرق بينهم وبين أولادهم أن المخاطب لم يدخل تحت عموم خطابه فلم يتناولهم الكلام بخلاف الأولاد فإنهم داخلون تحت الشهادة وإنما أدخلنا المتكلم في مسألة الشهادة لفقراء أهل بيته باعتبار أنهم يحصون بخلاف فقراء جيرانه وبني تميم «البحر»[1].

٧ ـ لو شهد بعض الشفعاء على بيع الدار المشفوعة ينظر: فإذا لم يطلب هؤلاء الشهود الشفعة وقالوا بأننا أبطلنا شفعتنا فتجوز شهادتهم، لأن حق الشفعة قابل للإبطال والإسقاط وإلا لا تجوز شهادتهم «تكملة رد المحتار» لأنه في هذه الحال تكون الشهادة الواقعة إثباتاً لحق الشفعة لأنفسهم «الولوالجية».

ولا تقبل شهادة الكفيل بالمال للاصيل على كون المكفول به قد تأدى للمكفول له حيث انه لو ثبت الاداء يبرأ الكفيل ويكون في ذلك دفع مغرم في حق الشاهد، ولكن تقبل شهادة احدهم للاخر أي شهادة الشركاء والكفيل بالمال في سائر الخصوصات؛ لانه ليس في ذلك جر مغنم أو دفع مغرم.

وشركة العنان تكون عامة وخاصة، وكما يظهر وجود سائر الخصوصات في الخاصة يظهر أيضاً في العامة لأنه لما كانت أموال الشركة عبارة عن الدراهم والدنانير أي النقود فتخرج الأموال كالعروض والعقار من أموال الشركة (الزيلعي).

أما شركة المفاوضة فعلى قول تكون عامة وخاصة وعلى قول آخر تكون عامة فقط كما بين ذلك في شرح الشركة ووجود سائر الخصوصات في الخاصة ظاهر وفي العامة لها وجود لأن شركة المفاوضة إنما تكون في الدراهم والدنانير ولا تكون في العروض والعقار وتجوز شهادة أحد شركاء المفاوضة للشريك الآخر في العروض والعقار وكذا في الحدود والقصاص والنكاح والطلاق والعتق وفي اطعام واكساء عائلته مما هو خارج عن الشركة (الولوالجية وفتح القدير والزيلعي). فلذلك تجوز شهادة الشركاء في الملك لبعضهم البعض في غير المال المشترك (الخيرية).

(١) ولو شهدوا أن هذه الدار صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهم منهم جازت ولو على فقراء قرابته لا لأن القرابة لا تزول والجوار يزول فلم تكن شهادة لنفسه لا محالة «أبي السعود».

وكذلك للكفيل بالمال أن يشهد للمكفول له بغير المكفول به (الطحطاوي).

لا تقبل الشهادات الآتية للتناقض:

١ - إذا شهد الشاهد بأن هذا المال لزيد ثم شهد بعد ذلك بأنه لعمرو لا تقبل. مثلاً؛ لو شهد اثنان بأن البناء المبني في عرصة وقف قد بناه بكر لنفسه الذي لم يكن متولياً للوقف وهو لذلك ملك بكر. ثم شهدا بعد ذلك بأن بكراً قد بنى ذلك البناء للوقف فالبناء المذكور وقف فلا تقبل شهادتهما.

٢ - لو ادعى أحد مالاً لنفسه ثم شهد بأن المال المذكور لعمرو لا تقبل شهادته (البهجة).

٣ - إذا ادعى الوكيل في حضور القاضي ديناً وكان الموكل حاضراً ودفع المدعى عليه الدعوى بأنه اوفى الدين وشهد الوكيل المذكور مع آخر على ذلك الدفع لا تقبل شهادته (الخانية).

المادة (١٧٠١) - (شهادة الصديق لصديقه مقبولة ولكن إذا وصلت صداقتهما إلى مرتبة تصرف أحدهما في مال الآخر لا تقبل شهادة أحدهما للآخر).

شهادة الصديق لصديقه مقبولة لأن الصداقة لا توجب جواز تصرف الاصدقاء في مال بعضهم البعض فلا تكون في هذه الشهادة شائبة جر مغنم (معين الحكام).

ويقصد من الصداقة هنا الصحبة وليس القرابة وقد مر البحث عن القرابة في المادة الآنفة.

ولكن إذا وصلت صداقتهما إلي مرتبة تصرف أحدهما في مال الآخر لا تقبل شهادة الصديق لصديقه لأنه في هذه الحالة يوجد بتهمة انتفاع الشاهد بالمشهود به فلا تقبل. أما شهادته عليه فمقبولة.

المادة (١٧٠٢) - (يشترط أن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف).

يشترط أن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية أي أنه لا تجوز شهادة العدو على عدوه لأن المعاداة من اجل الدنيا محرمة ومنافية لعدالة الشاهد والذي يرتكب ذلك لا يؤمن منه بأن لا يشهد في حق المشهود عليه كذباً وخلافاً للواقع (البحر والزيلعي بزيادة).

أما شهادة العدو لعدوه فمقبولة عند بعض الفقهاء لأنه ليس في هذه الشهادة تهمة فتكون هذه المسألة هي عكس المادة (١٧٠٠) لأنه حسب المادة المذكورة لا تجوز شهادة الفرع للأصل وتجوز شهادته عليه وفي هذه المادة لا تجوز شهادة العدو على عدوه ولكن تجوز شهادة العدو لعدوه (الدر المختار) أما عند بعض الفقهاء فالعداوة فسق وهي لا تتجزأ فكما أنه لا تجوز شهادة العدو على عدوه بسبب الفسق فلا تجوز شهادته له أيضاً وترد شهادة هذا العدو في حق جميع الناس. وقد قبل الزيلعي والخيرية القول الأول. ويفهم من قول المجلة بين الشاهد والمشهود عليه أنها اختارت هذا القول.

والعداوة الدنيوية هي العداوة التي تنشأ عن أمور كالمال والجاه وتعرف بالعرف فلذلك لا تقبل شهادة المجروح على الجارح وورثة المقتول على القاتل والمقذوف على القاذف والمشتوم على

الشاتم، مثلاً لو كان لمسلم عداوة مع ذمي فلا تقبل شهادة ذلك المسلم على ذلك الذمي (أبو السعود العمادي) ولا تحصل العداوة الدنيوية بطلب أحد من آخر وبالادعاء بذلك أو بضرب أحد لآخر أو احباسه من طرف القاضي (التنقيح والنتيجة والخانية والبهجة).

مثلاً؛ إذا ادعى زيد من عمرو عشرة دنانير وفي أثناء تلك الدعوى شهد أحدهما على الآخر في مسألة أخرى فتقبل شهادته. وعليه فلو قال المشهود عليه: ان الشهود قد ضربوني ولذلك يوجد بيني وبينهم عداوة دنيوية فلا اقبل شهادتهم لا يلتفت إلى قوله (الهامش والبهجة) كذلك لو قال المشهود عليه: انه يوجد بيني وبين هؤلاء الشهود عداوة دنيوية ولم يبين سببها فلا يطرأ خلل على شهادتهم (البهجة).

أما إذا قال المشهود عليه: ان هؤلاء الشهود اعدائي فيكون قد فسق نفسه فلا تقبل شهادة المشهود عليه على هؤلاء الشهود فيما بعد (الهندية).

العداوة الدنيوية ـ أما العداوة الدينية فلا تمنع قبول الشهادة. مثلاً لو تجاوز أحد الحد بارتكاب المناهي والمعاصي وصار احد عدواً له للسبب المذكور فتقبل شهادة ذلك العدو، إلّا أنه إذا كانت العداوة الدينية قد سببت افراط الأذى على الفاسق ومرتكب المعاصي ففي هذه الحالة أيضاً تمنع العداوة الدينية قبول الشهادة (معين الحكام).

المادة (١٧٠٣) ـ (ليس لاحد أن يكون شاهداً ومدعياً فلذلك لا تصح شهادة الوصي لليتيم والوكيل للموكل).

لا تقبل شهادة أحد لنفسه فلذلك ليس لاحد أن يكون مدعياً وشاهداً في دعواه فعليه لا تصح شهادة احد لنفسه ولا شهادة الوصي للمتوفي أو اليتيم وشهادة الوكيل بالخصومة والمرافعة لموكله أما شهادة الوكيل بقبض الدين لموكله في الدين المذكور فصحيحة (الواقعات).

والفرق في هذه المسألة بين الوصي والوكيل هو أن الوصي إذا اخرج من الوصاية بعد قبوله الوصاية وشهد لا تقبل شهادته بعد ذلك. أما إذا اخرج الوكيل بالخصومة من الوكالة وشهد بعد ذلك فتقبل شهادته لحلول الوصي محل الميت ولذا لا يملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه بخلاف الوكيل إذا لم يخاصم قبلت لعدم التهمة، لأن الموكل حي وهو قائم في حق نفسه دون الوكيل.

شهادة الوصي ـ إذا قبل الوصي الوصاية بعد موت الموصي ثم خرج من الوصاية ثم شهد أن للمتوفي في ذمة احد مطلوباً أو أن لهذا الوارث في ذمة المتوفي مطلوباً فلا تصح شهادته. كذلك لا تقبل شهادة كل الورثة بعد البلوغ للوصي المتوفي. أما إذا لم يقبل الوصي الوصاية بعد موت الموصي وردها فتقبل في تلك الحالة شهادته للمتوفي ولليتيم (الانقروي و مجمع الأنهر).

شهادته لليتيم ـ أما شهادة الوصي على المتوفي فمقبولة (النتيجة).

مثلاً: إذا شهد الوصي قبل اداثه الدين بأن المتوفي مدين لفلان بكذا درهما فتقبل شهادته. أما إذا شهد بعد اداء الدين بدون الاثبات فلا تقبل شهادته. أنظر شرح المادة (١٧٠٠) «الانقروي».

كذلك تصح شهادة الورثة على المتوفي. مثلاً لو شهد شاهدان من الورثة العديدين بأن مورثهما المتوفي مدين لفلان بكذا درهماً فتصح شهادتهما كما انهما لو شهدا على وصية المتوفي تصح لأنه ليس في هذه الشهادة تهمة (الفيضية والانقروي).

شهادة الوكيل ـ تكون الوكالة خاصة وعامة كما أن التوكيل يكون في حضور القاضي أو في الخارج ويصير اثباته في حضور القاضي فاذا شهد الوكيل في الوكالة الخاصة بعد المخاصمة لموكله لا تقبل شهادته.

مثلاً، لو توكل لآخر في دعوى وترافع أمام القاضي في تلك الدعوى ثم خرج من الوكالة وشهد في دعوى موكله المذكورة فلا تقبل سواء كان التوكيل في حضور القاضي أو كان في غير حضوره وثبت التوكيل في حضوره. أما إذا عزل الوكيل قبل المرافعة ثم شهد في تلك الدعوى فينظر: فإذا كان التوكيل وقع في حضور القاضي فتقبل الشهادة. إما إذا وقع التوكيل في غير حضور القاضي وأثبت الوكيل وكالته بالبينة في حضور القاضي وعزل قبل المخاصمة فلا تقبل شهادته. لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصماً بحقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف الأول لأن علم القاضي بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصماً في غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل في حق آخر.

كذلك لو شهد الوكيل لموكله في غير الدعوى التي وكل بها فتقبل شهادته (التكملة والطحطاوي والواقعات وعلي افندي).

كذلك لو تخاصم الوكيل بالخصومة في المطلوب في غير حضور القاضي ثم شهد بعد العزل لموكله في عين تلك الدعوى فتقبل شهادته.

أما وكالة الوكيل في الوكالة العامة فاذا كان التوكيل واقعاً في حضور القاضي وعزل الوكيل قبل المخاصمة فللوكيل أن يشهد لموكله في كل دعوى له واما إذا عزل بعد المخاصمة فتقبل شهادته في كل دعوى لموكله غير الدعوى التي خاصم فيها. أما إذا كان التوكيل واقعاً في غير حضور القاضي وأثبت التوكيل بالبينة في حضور القاضي فليس للوكيل أن يشهد بأي حق لموكله كان حقاً له في زمان وكالته أو بتاريخ مقدم على الوكالة. مثلاً لو وكل أحد آخر في حضور القاضي أن يطلب ويدعي بكل حق له في ذمة فلان فادعى الوكيل من ذلك الشخص الف درهم من ثمن المبيع ثم خرج من الوكالة وشهد بعد ذلك على الشخص المذكور بالمبلغ المذكور فلا تقبل شهادته. أما لو ادعى الموكل من الشخص المذكور ديناً بسبب آخر كالقرض والكفالة ولم يسبق للوكيل أن تخاصم

في ذلك بحضور القاضي فتقبل شهادة الوكيل في حق ذلك كما أنه تقبل شهادته على الأعيان كالوديعة واالعارية.

أما إذا وقع التوكيل في غير حضور القاضي وأثبت الوكيل في مواجهة الخصم بأنه وكيل عن الموكل في مخاصمته بطلب كل حق ودعوى في حضور القاضي ثم خرج من الوكالة فليس له بعد ذلك أن يشهد لموكله بأي حق كان له في زمان الوكالة أو بتاريخ اقدم من تاريخ الوكالة. إلاّ أن له أن يشهد بالحق الذي حدث بعد زمان الوكالة (الهندية).

المادة (١٧٠٤) - (لا تعتبر شهادة أحد على فعله بناء عليه لا تعتبر شهادة الوكلاء والدلالين على افعالهم بقولهم: كنا بعنا هذا المال، كذلك لو شهد قاضي بلدة بعد انفصاله على حكم صدر منه قبل عزله لا يصح وأما إذا شهد بعد العزل على اقرار احد وقع في حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته).

لا تعتبر شهادة أحد على فعله أو على شيء في حكم الفعل.

الشهادة على الفعل - بناء عليه لو ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: أن هذا المال لي قد اشتريته منك أو من وكيلك وأنكر المدعى عليه ذلك فلا تعتبر شهادة الوكلاء. ولو كان الوكيل وكيلاً بالنكاح، والدلالين على افعالهم بقولهم: كنا بعنا ذلك المال للمدعي وكالة من المدعى عليه أو كنا انكحنا المدعى عليه (البهجة والانقروي عن القنية وعلي افندي).

كذلك لو شهد الشاهد على تسليم النقود بقوله في شهادته قد سلمت النقود بيدي إلى عمرو لا تقبل شهادته (ابو السعود العمادي).

كنا بعنا - يشار بها إلى هذه المسألة أي أن الشاهد إذا لم يذكر في شهادته وكالته أو دلالته بل شهد أن المال لفلان قد اشتراه من فلان تقبل شهادته.(رد المحتار والواقعات).

كذلك لو شهد الوكيل بالنكاح على النكاح بدون ذكر وكالته تقبل شهادته (النتيجة).

الوكلاء والدلالين - ويحترز بهذا التعبير من القاسم إذ أن القاسم للأموال بين الشركاء بأجر أو بلا اجر إذا شهد قائلاً: انني قسمت هذه الشركة بين الورثة وقد أصاب هذا المال حصة المدعي تقبل شهادته (الهندية والشرنبلالي) لأن الملك لا يثبت بقسمته ما لم يتراضوا على ذلك أو يستعملوا القرعة «الخانية».

كذلك لو شهد قاضي بلدة بعد عزله على حكم صدر منه قبل العزل لا يصح يعني لو شهد القاضي قائلاً: عندما كنت قاضياً قد ادعى هذا المدعي من هذا المدعى عليه هذا المال واثبته بالبينة وقد حكمت للمدعي بذلك المال فلا تقبل هذه الشهادة حيث أنها واقعة على حكم القاضي القولي (واقعات المفتين).

مستثنى - إذا شهد الشاهد بقوله: قد وزنت أو عددت المال بحضور رب المال تقبل شهادته،

يعني لو ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه: قد اقرضتك ثمانية دراهم فأنكر المدعى عليه ذلك وشهد الشهود بقولهم: أنه عندما أدى المدعي المبلغ المقترض للمدعى عليه قد وزناه أو عددناه نقبل شهادتهم (البهجة). أما لو شهد القاضي بعد العزل على اقرار احد وقع في حضوره فتقبل شهادته، لأن الاقرار ليس فعل القاضي بل هو فعل المقر (علي افندي والبهجة.)

الشهادة على ما هو في حكم الفعل ـ لا تصح شهادة الكفيل بالثمن في أصل العقد على العقد، مثلاً لو شهد الشهود قائلين: قد باع فلان إلى فلان هذا المال بكفالتنا على السند، فإذا كانت كفالة الشهود في صلب العقد فلا تصح هذه الشهادة إذ في هذه الصورة يتم البيع بالكفالة فيكون الشهود في حكم البائع وتكون شهادتهم على فعله أما إذا لم تكن كفالتهم في أصل العقد فتصح الشهادة.

المادة (١٧٠٥) ـ (يشترط أن يكون الشاهد عادلاً؛ والعادل من تكون حسناته غالبة على سيئاته بناء عليه لا تقبل شهادة من اعتاد أعمالاً تخل بالناموس والمروءة كالرقاص والمسخرة ولا تقبل شهادة المعروفين بالكذب).

يشترط في قبول الشهادة أن يكون الشاهد عادلاً، ويثبت هذا بدليلين:

الأول ـ قد ورد في الآية الجليلة ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾.

الثاني ـ لما كانت الشهادة خبراً محتمل الصدق والكذب والحجة هي خبر صادق فيترجح بعدالة الشهود طرف الصدق (الدرر). أنظر شرح المادة (١٦٨٢) أما إذا كان الشاهد غير عادل فيكون ملحوظاً فيه اختيار الكذب. فإذا كان الشاهد عادلاً تقبل شهادته ولو بين قبل الشهادة بأنه ليس لديه علم بالمشهود به فعليه لو قال الشاهد أن الشهادة التي سأشهدها لفلان هي شهادة زور ثم شهد له في دعوى تقبل شهادته، لأنه يحتمل بأنه حينما قال هذا القول كان يجهل المشهود به ثم علم به بعد ذلك.

كذلك لو قال أحد: ليس عندي شهادة لفلان في أمر ما ثم شهد له تقبل شهادته، لأنه يمكن للشاهد أن يقول إنه كان عندي شهادة له وقد كنت نسيتها. كذلك لو قال الشاهد: لا أعلم المشهود به ثم شهد تقبل شهادته (الولوالجية في الفصل الثالث من الشهادات) وتقبل شهادة الغير العالم على العالم وشهادة العالم على العالم كما تقبل شهادة معلم الصبيان (علي أفندي).

والعادل من تكون حسناته غالبة على سيئاته، وهو المتوقي كبائر الذنوب والغير المصر على صغائرها وكان صلاحه أكثر من فساده وصوابه أوفر من خطأه، وقد قال عليه السلام (لا صغيرة مع الإصرار ولا كبيرة مع الاستغفار) يعني أن الصغيرة تكون كبيرة بالإصرار أي أن ارتكاب الصغيرة بدون الإصرار بشرط اجتناب الكبيرة ليس مانعاً للشهادة.

ويكفي أن تغلب الحسنات السيئات ولم يشترط أن لا يكون له سيئات مطلقاً، لأنه لا يوجد

في البشر معصوم غير الأنبياء فإذا شرطت العصمة في الشهادة يوجب سد بابها (الزيلعي والدرر بزيادة).

فلذلك لا تقبل شهادة شارب الخمر والمسكرات الأخرى ومرتكب المحرمات الكبيرة الأخرى ومن لا يعلم شرائط الإسلام وشهادة الرقاص والمسخرة والمغنية والطفيلي والمشعوذ (بصيغة اسم الفاعل أو بصيغة اسم المفعول وصيغة اسم المفعول محمولة على المبالغة) ومن يمد رجله بين الناس أو يمشي في الطرقات بسرواله فقط أو بكشف رأسه في غير المواضع المعتادة أو يعتاد حالاً وأعمالاً تخل بالشرف والمروءة أو يعتاد سب الناس والحيوانات أو يأكل الحرام أو الحلاف بالصدق والكذب والمعروف بالبخل والكذب أو من يقضي حاجته (البول والغائط) في الأزقة والساحات، أو يدخل الحمام بلا مئزر أو يعتاد الأفعال الحقيرة (الشبلي ولسان الحكام والنتيجة).

المروة ، بتشديد الواو والمروءة بالهمزة لغة والمروءة والمروة، هي الآداب النفسانية التي تحمل الإنسان إلى المحاسن في جميع العادات فيجتنب عمل شيء يوجب تنزل قدر الإنسانية عند أهل الفضل والكمال (التنقيح وأبو السعود المصري).

كذلك لا تقبل شهادة خادم الحمام ودلاكه ومن اعتاد التسول في المدن والمحلات ومن كان لا يطلب الحلال ولا يتجانب الحرام من الملتزمين (أبو السعود العمادي والبهجة) فإذا قبل القاضي شهادة الفاسق وحكم بها فلا ينفذ حكمه ولا يعتبر الاعلام (البهجة).

الرقاص ـ مأخوذ من الرقص الذي هو في وزن النقض كما أن من يرقص الرقص الديني لغير المسلمين يجب عليه تجديد الإيمان والنكاح؟ (علي أفندي بضم من اللغة).

المسخرة ـ وهو الذي يتمسخر عليه الناس ويستهزئون به ومن يجمعهم حوله ويضحكهم بأقوال تافهة، فلا تقبل شهادته حيث انه يرتكب الشيء الذي لم يكن مباحاً طمعاً بالمال (الولوالجية في آداب القاضي بزيادة).

الطفيلي ـ والطِفيل بوزن زبير وهو المنسوب للطفيل والطفيل هو بن زلال الكوفي وهو رئيس زمرة الطفيلية وقد نسب كل طفيلي له.

وقد روي عن الإمام أبي يوسف أنه تقبل شهادة الفاسق الوجيه بين الناس وصاحب المروءة إلّا أن الأصح عدم قبول شهادته ويفهم من إطلاق المجلة عدم قبولها (الدرر وأبو السعود المصري والزيلعي).

ولا تمنع الصناعة الدنيئة قبول الشهادة فلذلك تقبل شهادة الكناس والحجام وغيرهما من أصحاب الحرف الدنيئة إذا كانوا عادلين لأنه يوجد كثير بين هؤلاء من هو صاحب دين وتقوى أكثر من أرباب الوجاهة وأصحاب المناصب وقد قال تعالى في كتابه العزيز ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾. «الخيرية».

إلّا أن اختلاف الرعوية مانع من قبول الشهادة فلذلك إذا شهد شاهد من رعايا دولة أجنبية على رعايا الدولة المحلية لا تقبل شهادته.

كذلك لاتقبل شهادة رجل من رعايا دولة أجنبية على آخر من رعايا دولة أجنبية أخرى، أما إذا كان الاثنان من رعايا دولة واحدة فتقبل شهادتهماعلى بعضهما (البهجة والزيلعي).

والفرق بين المعروف بالكذب وبين الفساق الآخرين هو: أن المعروف بالكذب لا تقبل شهادته حتى ولو تاب عن الكذب.

أما الفساق الآخرون إذا تابوا مدة ظهر فيها أثر التوبة ثم شهدوا فتقبل شهادتهم وهذه المدة عند بعض الفقهاء ستة أشهر وعند الآخرين سنة كاملة (الولواجية في الفصل السادس من الشهادات).

الفصل الرابع

في بيان موافقة الشهادة للدعوى

إن مسائل هذا الفصل تتفرع إلى ثلاثة أصول وضوابط:

الأصل الأول ـ يكفي موافقة الشهادة للدعوى معنى. ويتفرع على ذلك المادة (١٧٠٦).

الأصل الثاني ـ إذا كانت الشهادة أكثر من المدعى به فهي باطلة وإذا كانت أقل فهي صحيحة ويتفرع على ذلك المادة (١٧٠٧).

الأصل الثالث ـ الملك المطلق أكثر من الملك المقيد حيث ان الملك المطلق يثبت من الأصل أما الملك المقيد فيقتصر على وقت السبب. ويتفرع عن ذلك المادتان (١٧٠٩ و١٧١٠).

المادة (١٧٠٦) ـ (تقبل الشهادة إن وافقت الدعوى وإلّا فلا ولكن لا اعتبار للفظ وتكفي الموافقة معنى. مثلاً إذا كان المدعى به وديعة وشهدت الشهود على إقرار المدعى عليه بالإيداع أو كان غصباً وشهدت الشهود على إقرار المدعى عليه بالغصب تقبل شهادتهم. كذلك إذا ادعى المدين بأنه أدى الدين وشهدت الشهود على أن الدائن أبرأ المدين تقبل شهادتهم).

يشترط في حقوق العباد موافقة الشهادة للدعوى والموافقة هي عبارة عن اتحاد الدعوى والشهادة في عشرة أشياء أي نوعاً وكماً وكيفاً ومكاناً وزماناً وفعلاً وانفعالاً ووصفاً وملكاً ونسبة.

فعليه تقبل الشهادة إن وافقت الدعوى بعد تزكيتها سراً وعلناً ويحكم بموجبها، مثلاً إذا ادعى المدعي ألف درهم من جهة القرض وشهدت الشهود على ألف درهم من جهة القرض تكون الشهادة مقبولة لموافقتها للدعوى (الشبلي).

سؤال ـ إذا كانت الشهادة موافقة للدعوى فيكون القبول شرط من شروط الشهادة وبما أنه لا يلزم بوجود الشرط وجود المشروط فإذا وجد شرط القبول فلا يلزم قبول الشهادة إذ ان الوضوء شرط للصلاة إلّا أنه بوجود الوضوء لا توجد الصلاة فلذلك لا يصح القول بأن الشهادة إذا كانت موافقة للدعوى تكون صحيحة.

الجواب ـ إن سبب قبول الشهادة هو التزام القاضي استماعها في حالة صحتها وشرطها تقدم الدعوى وبما أنه إذا وجد تقدم الدعوى الذي هو العلة والسبب وانتفى المانع وجب القبول وليس وجود الشرط هو الذي يستلزم وجود المشروط (العناية).

وإلّا فلا ويطلب شهود أخر وإذا لم يكن شهود آخرين فيحلف المدعى عليه بطلب المدعي. مثلاً إذا ادعى المدعي ألف درهم من جهة القرض وشهد الشهود بأن للمدعي ألف درهم في ذمة المدعى عليه من جهة ثمن المبيع فترد شهادتهم، لأنه في هذه الحال تكون الشهادة مكذبة للدعوى والدعوى الكاذبة غير معتبرة والحال أنه يشترط سبق الدعوى في الشهادة في حقوق الناس. أنظر المادة (١٦٩٦).

سؤال ـ إذا لم توافق الشهادة الدعوى يكون حصل تعارض بين كلام المدعي والشهود. ويجب أن يكون أحدهما صادقاً والآخر كاذباً فما المرجح بأن يعتبر كلام الشاهد صادقاً ويعتبر وكلام المدعي كاذباً فلا يعتبر. وقد عد كلام الشاهد صادقاً مع أنه لم يسبق دعوى حتى تقبل شهادته.

الجواب ـ لا يشترط في صحة الدعوى عدالة المدعي، أما الشهود فالأصل فيهم العدالة ولا سيما على قول الإمام فلذلك يرجح جانب الشهود عملاً بالأصل (العناية).

فلذلك إذا وقعت مخالفة بين الدعوى والشهادة ثم أعيدت الدعوى والشهادة وحصل التوافق بينهما تقبل الشهادة (الخيرية). وتقبل ما دام في المحل ولم يبرح عنه وهو ظاهر الرواية (التكملة).

المخالفة نوعاً ـ كما إذا ادعى المدعي عشرة دنانير وشهدت الشهود بعشرة ريالات. أنظر المادة (١٧١٢).

المخالفة كماً ـ كما إذا ادعى المدعي عشرة ريالات وشهدت الشهود بثلاثين ريالاً. أنظر المادة (١٧٠٨).

المخالفة كيفاً ـ كما إذا ادعى المدعي شراء ثياب حمراء وشهدت الشهود بشراء ثياب بيضاء. أنظر المادة (١٧١٤).

المخالفة مكاناً وزماناً ـ كما إذا ادعى المدعي بأن المدعى عليه قتل أباه في يوم الأضحى في دمشق وشهدت الشهود بأن المدعى عليه قتل أب المدعي في عيد رمضان في مدينة القاهرة. أنظر المادة (١٧١٣).

المخالفة فعلاً وانفعالاً ـ كما إذا ادعى المدعي بأن المدعى عليه شق الراوية وأتلف زيته

وشهدت الشهود بأن الراوية قد انشقت وهي عند المدعى عليه والشق فعل والانشقاق انفعال.

المخالفة وصفاً ـ كما إذا ادعى المدعي العقار الواقع في الجـانب الشرقي من ملك فلان وشهدت الشهود بأن ملك المدعي هو في الجانب الغربي من الملك المذكور.

المخالفة ملكاً ـ كما إذا ادعى المدعي بأن فلاناً هو عبدي المتولد من جاريتي فلانة وشهدت الشهود بأنه متولد من جارية أخرى (العناية والتكملة ورد المحتار).

ولكن لا اعتبار للفظ ولا تتحقق الموافقة في اللفظ وتكفي الموافقة معنى. أنظر المادة الثالثة.

وعلى هذه الصورة يتصور ثلاثة أحوال بين الدعوى والشهادة:

الحال الأول ـ أن تكون الشهادة موافقة للدعوى لفظاً ومعنى وعليه فتقبل الشهادة كما هو الحال في المثال الأول من المادة الآتية وهي المادة (١٧٠٧).

الحال الثاني ـ أن تكون الشهادة غير موافقة للدعوى لفظاً إلّا أنها موافقة معنى وفي هذه الصورة تقبل الشهادة ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية:

أولاً: مثلاً إذا كان المدعى به وديعة وبتعبير آخر إذا ادعى المدعي قائلاً: لي عندك كذا وديعة وأنكر المدعى عليه وأقام المدعي شهوداً شهدت على إقرار المدعى عليه بالإيداع أي أن المدعى عليه قد أقر بأن المدعي قد أودعه المال المدعى به أو كان المدعى به غصباً أي مالاً مغصوباً بأن ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه: قد غصبت مني كذا مالاً فسلمني إياه وشهدت الشهود على إقرار المدعى عليه بالغصب أي بغصبه المدعى به من المدعي أو كان المدعى به عارية وشهدت الشهود بإقرار المدعى عليه بالعارية تقبل شهادتهم «الهندية والحموي والنتيجة».

ثانياً: كذلك إذا ادعى المدين بأنه أدى الدين وشهدت الشهود على أن الدائن ابرأ المدين تقبل شهادتهم حيث يحتمل أن الإبراء الذي شهدت به الشهود هو ابراء استيفاء فيكون موافقاً لدعوى المدعي معنى.

ثالثاً: إذا ادعى المدعي قائلاً: إن المدعى عليه هو مدين لي بألف درهم لكفالته لفلان المدين لي بألف درهم فاطلبها منه فشهدت الشهود بأن للمدعي في ذمة المدعى عليه ذلك المبلغ من جهة كفالته لشخص آخر تقبل شهادتهم (الحموي).

رابعاً: إذا ادعى المدعي شراء الملك من شخص غير معين وشهدت الشهود على الملك المطلق تقبل شهادتهم (الاشباه) أنظر المادة (١٦٦٨).

خامساً: إذا ادعى المدعي الملك المطلق وشهدت الشهود على الملك بسبب وقال المدعي إنني ادعي الملك بذلك السبب فتقبل شهادتهم. أنظر المادة(١٧٠٩).

سادساً: إذا ادعى المدين الإبراء وشهدت الشهود على الصلح على مال فإذا كان الصلح

واقعاً على بعض جنس الحق فتقبل حيث يكون في هذه الصورة ابراء عن بعض الحق.

سابعاً: إذا ادعى المدين بأن الدائن قد ابرأه من الدين أو احله منه وشهدت الشهود بأن الدائن قد أقر باستيفائه الدين يسأل المدين: هل أن الدائن ابرأه من الدين ابراء إسقاط أم إبراء استيفاء فإذا قال بأنه ابرأه إبراء استيفاء تقبل تلك الشهادة إذ يكون قد وفق المخالفة الواقعة بين الدعوى والشهادة أما إذا قال أنه ابرأه إبراء اسقاط أو سكت فلا تقبل الشهادة (الهندية)[١].

ثامناً: إذا ادعى الدائن دينه فدفع المدين الدعوى بادعاء الأداء فشهدت الشهود الذين جاؤا للشهادة على الدفع أن الدائن قد ابرأ المدين من الدين المذكور تقبل شهادتهم، حيث يحتمل أن يكون الإبراء الواقع إبراء استيفاء (البهجة).

تاسعاً: إذا ادعى المدعي الهبة والتسليم وشهدت الشهود على الصدقة والتسليم تقبل الشهادة (الاشباه).

عاشراً: إذا ادعى المدعي قائلاً: إنني تزوجت هذه المرأة وشهدت الشهود بأن تلك المرأة هي منكوحة هذا المدعي تقبل الشهادة (الاشباه). ولزوم موافقة الشهادة للدعوى ومشروطيتها مقيدة بقيدين:

القيد الأول - أن لزوم هذه الموافقة منحصر في المحلات اللازمة وعليه فالمخالفة بالزيادة والنقصان اللذان لا يلزم ذكرهما عند الشهادة والدعوى أو بين الشهادتين لا يمنع قبول الشهادة (القاعدية في الشهادة والفصولين والانقروي). أنظر المادة (١٧١٣).

فلذلك إذا لم يبين المدعي زمان أو مكان الإقرار وذكرت الشهود ذلك أو ذكر أحد الشهود ذلك ولم يذكره الآخر أو بالعكس قد ذكر المدعي في دعواه زمان أو مكان الإقرار وشهدت الشهود بدون ذكر ذلك. وحتى إذا سئل الشهود عن زمان أو مكان الاقرار وأفادوا بعدم علمهم. تقبل شهادتهم.

كذلك إذا ادعى المدعي أن المدعى عليه قد أقر وهو راكب فرساً وشهدت الشهود بأنه أقر وهو ماش أو راكب حماراً تقبل شهادتهم. كذلك إذا سئل الشهود الذين شهدوا على البيع عن زمان أو مكان البيع وأجابوا بأنهم لا يعلمون فلا يطرأ خلل على شهادتهم (النتيجة).

كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه: قد اودعتك في المحل الفلاني وفي وقت كذا كذا مقداراً من الدنانير وسلمتها لك وأنكر المدعى عليه وشهدت الشهود على الايداع والتسليم ولم يعلموا زمان أو مكان الإيداع تقبل شهادتهم، كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: قد اقرضت فلاناً كذا

---

(١) وإن لم يبين وسكت لا يجبر على البيان، لأن البيان يحيي خالص حقه والإنسان لا يجبر على احياء خالص حقه ولا تقبل الشهادة أيضاً لأنهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعي فلا تقبل لأن المدعي ادعى براءة محتملة وهما شهدا ببراءة تكون بالإيفاء لا محالة فكانا شاهدين بأكثر مما ادعاه المدعي فلا تقبل إلا أن يوفق المدعي بين الدعوى والشهادة فإذا سكت ولم يوفق فلا تقبل (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى).

درهماً في داري الفلانية وشهدت الشهود بأنه أقرضه الدراهم المذكورة في السوق الفلاني تقبل شهادتهم؛ كذلك لو ذكرت الشهود أوصاف المغصوب بقولهم مثلاً، إن أُذن الدابة المغصوبة مشقوقة ثم احضر الحيوان بعد الشهادة فظهر أن أذنه غير مشقوقة فلا يطرأ خلل على شهادتهم، لأن الشهود قد ذكروا شيئاً غير محتاج له في الدعوى والشهادة فالخلاف في مثله لا يوجب خلل الشهادة (الخانية) لأن هذه أشياء لا يحتاج إلى إثباتها فذكرها والسكوت عنها سواء (القاعدية).

القيد الثاني ـ شرط الموافقة في حقوق العباد. أما الشهادات المتعلقة بحقوق الله فلا يشترط فيها موافقة الشهادة للدعوى لأنه لا يشترط في المسائل المتعلقة في الحقوق المذكورة سبق الدعوى وأصبح وجود الدعوى وعدمها متساوياً فلا يكون عدم الموافقة موجباً لرد الشهادة (رد المحتار) مثلاً لو ادعت الزوجة قائلة: إن زوجي قد وكل فلاناً بطلاقي وقد طلقني الوكيل وشهدت الشهود بأن الزوج قد طلقها بالذات فتقبل شهادتهم (تكملة رد المحتار).

الحال الثالث ـ أن تكون الشهادة غير موافقة للدعوى لفظاً ومعنى وفي هذه الحال ترد الشهادة فعليه إذا ادعى المدين بأنه أوفى دينه مقسطاً للدائن وشهدت الشهود على الإيفاء المطلق بقولهم: بأن المدين أوفى الدين للدائن أو على إيفاء الكل فلا تقبل شهادتهم (الطحطاوي وأبو السعود).

كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: قد اشتريت هذه الدار من مالكها هذا بألف درهم وشهدت الشهود أن المدعي قد اشترى تلك الدار من زيد وكيل هذا المالك بألف درهم أو أن زيداً قد باع تلك الدار فضولاً للمدعي وقد أجاز هذا البيع مالك تلك الدار هذا المدعى عليه لا تقبل شهادتهم (الهندية).

تتمة في حق تصحيح الشاهد شهادته بعد الشهادة بقوله قد اخطأت في بعض شهادتي:

إذا قال الشاهد بعد شهادته في دعوى قبل خروجه من مجلس القاضي أنني اخطأت في بعض شهادتي؛ يعني بقوله قد زدت باطلاً خطأ أو نسيت شيئاً يجب أن أقوله: فإذا كان عادلاً تقبل؛ لأن الشاهد يبتلي بالغلط لمهابة مجلس القاضي ولذا فعذره ظاهر فإذا تدارك في مجلس القاضي نقصانه وصحح شهادته الأولى تقبل شهادته ويحكم بشهادته الثانية حسب قول شمس الأئمة السرخسي.

مثلاً إذا شهد الشاهد بألف درهم وقال بعد شهادته في مجلس القاضي انني غلطت في خمسماية درهم يحكم بالخمسماية درهم الباقية لأن ماحدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة. وعند بعض الفقهاء يحكم بشهادته الأولى، لأنها هي حق للمدعي ويجب على القاضي أن يحكم بها ولا يبطل حق المدعي برجوع الشاهد عن شهادته، أما إذا جاء الشاهد بعد مجلس الشهادة وقال ذلك فلا يقبل قوله هذا في موضع التهمة إذ من الجائز أن أحد الخصمين قد رشاه، أما إذا لم يكن موضع تهمة فلا بأس في إعادة الكلام فعليه إذا لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة أو لم يذكر اسم المدعي أو المدعى عليه أو ترك الإشارة إلى أحد الخصمين وذكر ذلك بعد القيام من المجلس واعاده فإذا كان شاهد عدل ومأموناً تقبل شهادته (الزيلعي).

المادة(١٧٠٧)ـ (موافقة الشهادة للدعوى أما بصورة مطابقتها لها بالتمام أو بكون المشهود به أقل من المدعى به مثلاً إذا ادعى المدعي أن هذا المال ملكي منذ سنتين وشهد الشهود بكونه ملكه منذ سنتين فكما تقبل شهادتهم في هذه الصورة تقبل أيضاً في صورة شهادة الشهود بأن المال المذكور ملكه منذ سنة واحدة؛ كذلك إذا ادعى المدعي ألف درهم وشهد الشهود بخمسماية درهم تقبل شهادتهم بحق الخمسماية درهم).

موافقة الشهادة للدعوى لفظاً ومعنى أو معنى فقط أما بصورة مطابقتها لها بالتمام أو بكون المشهود به أقل من المدعى به ففي الصورة الأولى تكون دلالة الشهادة للدعوى دلالة بالمطابقة وفي الصورة الثانية دلالة بالتضمن فلذلك إذا كان المشهود به أقل من المدعى به تقبل الشهادة بلا توفيق لأن المقدار الذي شهدت به الشهود هو من وجه داخل في دعوى المدعي (الولواجية في الفصل الخامس).

أو اقل ـ أما إذا كانت شهادة الشهود بأكثر فلا تقبل الشهادة كما هي مذكورة في المادة الآتية.

توجد ثلاث صور في المشهود به:

الصورة الأولى: أن يكون المشهود به مطابقاً للمدعى به تمام المطابقة وهذه الشهادة مقبولة فلذلك إذا ادعى المدعي أن هذا المال ملكي منذ سنتين وشهدت للشهود بكونه ملكه منذ سنتين تقبل الشهادة؛ كذلك لو شهد الشهود أن المال المذكور ملكه منذ سنة تقبل أيضاً. كذلك لو ادعى المدعي الملك المطلق وشهدت الشهود على الملك المطلق تقبل شهادتهم كما يستفاد من المادة (١٧١٠).

الصورة الثانية: أن يكون المشهود به أقل من المدعى به وهذه الشهادة تقبل فلذلك إذا ادعى المدعي بألف درهم شهدت الشهود بخمسماية تقبل شهادتهم بحق الخمسماية بدون حاجة للتوفيق سواء كانت هذه الشهادات على الدين أو على استيفائه.

مثلاً؛ إذا ادعى المدعي ماية درهم ودفع المدعى عليه الدعوى بقوله: أوفيتك خمسين درهماً فشهدت الشهود بأن المدعى عليه قد أوفي اربعين درهماً فيثبت بأن المدعى عليه قد أوفى اربعين درهماً (علي أفندي)

كذلك لو ادعى المدعي من آخر ألف درهم وشهدت الشهود بأنه كان للمدعي في ذمة المدعى عليه ألف درهم إلا أن المدعى عليه قد أوفي من ذلك ماية درهم وقال المدعي إنني لم آخذ ماية درهم وأن شهودي متوهمون فيحكم بأنه قد استوفي ماية درهم ويحكم للمدعي بتسعماية درهم. هذا إذا ادعى المدعى عليه أداء الماية درهم. أنظر شرح المادة (١٦٩٦) كما أنه لو شهد

شاهد واحد على الأداء فلا حكم له بل يحكم بتمام الألف درهم لأنه لم يحصل النصاب إلا أن للشاهد الذي يعلم باداء ماية درهم أن لا يشهد بالألف درهم ما لم يقر المدعي بقبض الماية درهم حتى لا يكون معيناً للباطل (الزيلعي).

كذلك لو شهد شاهدان على قرض ألف درهم وشهد أحدهما بأداء المقترض للمبلغ المذكور فتجوز الشهادة على القرض، لأن في ذلك نصاب الشهادة ولا تجوز على الأداء لأنه ليس في ذلك نصابها (الزيلعي).

أما إذا قال المدعي بأن شهادة هؤلاء الشهود بالألف درهم مطلوبي باطلة وزور فلا يحكم له أيضاً بالتسعماية درهم لأنه يكون قد فسق شهوده. أنظر المادة (١٧٠٣) «الهندية والانقروي والبزازية».

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: إن جميع هذه الدار ملكي وشهدت الشهود بأن نصف الدار للمدعي تقبل شهادتهم بلا توفيق (الهندية) كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المال هو لي ارثاً عن والدي وشهدت الشهود أن هذا المال هو للمدعي ولأخيه الغائب إرثاً عن والدهما المتوفي فيحكم للمدعى بنصفه (الانقروي). كذلك إذا ادعى المدعي بأنني اودعت القفص الذي في ضمنه ماية بيضة والذي قيمته كذا إلى فلان وشهدت الشهود بأن المدعي قد أودع للمدعى عليه قفصاً قيمته كذا فيه مقدار من البيض ولم يبينوا عدد البيض فتقبل هذه الشهادة في حق الجبر على إعادة وتسليم القفص (علي أفندي).

كذلك إذا ادعى المدعي أنه أقرض المدعى عليه عشرة دنانير وشهدت الشهود بأن المدعي قد دفع للمدعى عليه عشرة دنانير ولم يذكروا قبض المدعى عليه لها فتقبل ويثبت قبض المدعى عليه فإذا ادعى المدعى عليه بأنه قبضها من جهة الأمانة يقبل قوله وإذا أصر المدعي أنه قرض فيجبر على إثبات القرض بالبينة (الهندية).

ويرى في هذه المسألة أن المدعي قد ادعى أخذ المدعى عليه وأن المأخوذ قرض وقد شهدت الشهود على الأخذ فقط وهو الأقل فقبلت شهادتهم بالأقل، كذلك إذا ادعى المدعي الملك الغير المؤرخ أي ادعى الملك بدون ذكر تاريخ تملكه وشهدت الشهود على الملك المؤرخ تقبل شهادتهم؛ أما إذا ادعى المدعي الملك المؤرخ وشهدت الشهود على الملك المطلق أي الملك الغير المؤرخ فلا تقبل شهادتهم لأن هذه الشهادة هي شهادة بالأكثر (الهندية).

كذلك إذا ادعى المدعي أن هذا الملك هو ملكه منذ عشر سنوات وشهدت الشهود أنه ملكه منذ سنة واحدة تقبل شهادتهم لأنه صدقها في سنة وادعى الزيادة (الولواجية في الفصل الخامس من الدعوى).

الصورة الثالثة: أن يكون المشهود به أكثر من المدعى به وحكمه سيذكر في المادة الآتية:

المادة (١٧٠٨) ـ(إذا كان المدعى به أقل وشهدت الشهود بأكثر لا تقبل إلا

إذا كان الاختلاف الذي بين الشهادة والدعوى قابلاً للتوفيق أصلاً ويوفق المدعي أيضاً بينهما وفي تلك الحال تقبل الشهادة. مثلاً إذا ادعى المدعي بأن هذا المال ملكي منذ سنتين وشهدت الشهود بكونه ملكه منذ ثلاث سنين لا تقبل شهادتهم، كذلك إذا ادعى المدعي بخمسماية درهم وشهدت الشهود بألف درهم لا تقبل شهادتهم ولكن إذا وفق المدعي بين الدعوى والشهادة بقوله كان لي عليه ألف درهم ولكن أدى لي منها خمسماية درهم وليس للشهود علم بذلك تقبل شهادة الشهود).

إذا كان المدعى به اقل وشهدت الشهود بأكثر لا تقبل لأنه يظهر بذلك ان الشهود شهود زور وغير عادلين وكان ما شهدوا به غير داخل تحت الدعوى (الولوالجية في الفصل الخامس).

حتى لو ظهر بعد الحكم بأن الشهادة واقعة على الأكثر فيكون ذلك موجباً لبطلان الحكم.

مثلاً لو شهدت الشهود بألف درهم وحكم بموجب شهادتهم بالألف درهم ثم قال المشهود له: ان مطلوبي هو خمسماية درهم فقط فتبطل الشهادة والحكم (الانقروي).

وتتفرع على هذه الفقرة المسائل الآتية:

١ - إذا ادعى المدعي **قائلاً**: ان هذه الدار ملكي قد اشتريتها من فلان أو أنها موروثة لي من ابي فلان وأنكر ذو اليد وشهدت الشهود بملك المدعي المطلق بأن قالوا ان تلك الدار هي للمدعي بدون ذكر شرائها من ذلك الشخص لا تقبل شهادتهم (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى) أنظر شرح المادة (١٧١٠).

٢ - إذا ادعى المدعي **قائلاً**: ان هذه الدار هي ملكي لأني اشتريتها منذ شهر من مالكها فلان بالف درهم وشهدت الشهود بأن المدعي قد اشترى تلك الدار من مالكها المذكور قبل سنة لا تقبل شهادتهم «الهندية».

٣ - إذا شهد الشهود أن هذه الدار هي للمدعي وقال المدعي ان هذه الغرفة من تلك الدار هي لشخص آخر غير المدعى عليه وليست لي فلا تقبل شهادة الشهود (الهندية).

كذلك لو ادعى المدعي ملكية دار باستثناء غرفة منها أي بقوله: ان هذه الدار لي ماعدا هذه الغرفة وشهدت الشهود بأن تلك الدار هي للمدعي بدون استثناء تلك الغرفة لا تقبل شهادتهم لأنه قد تبين بذلك كذب الشهود والكذب مناف للعدالة (الهندية والبزازية).

٤ - إذا ادعى المدعي الف درهم وشهدت الشهود على ذلك الوجه ثم قال المدعي مؤخراً قد استوفيت ثلاثماية درهم من الألف درهم فترد بينته، لأن قوله كنت استوفيت ثلاثماية درهم

معناه أنه قد استوفى ذلك قبل اقامة البينة إذ يكون في هذا الحال قد شهدت الشهود بالأكثر (الانقروي والهندية).

٥ ـ مثال المجلة الأول.

٦ ـ مثال المجلة الثاني.

إلّا إذا كان الاختلاف الذي بين الشهادة والدعوى قابلاً للتوفيق أصلاً ويوفق المدعي أيضاً بينهما فحينئذ تقبل. وتقبل الشهادة سواء وفق المدعي الشهادة لدعواه متصلاً أو منفصلاً ولا تقبل بدون التوفيق وبتعبير آخر أنه لا يكفي امكان التوفيق مجرداً على القول الاصح (الشبلي) والقياس إذا احتمل التوفيق يوفق وان لم يدع التوفيق تحمل الشهادة على الصحة.

وتتفرع على الفقرة الثانية مسائل وهي:

١ ـ ففي المسألة الثانية المتفرعة عن الفقرة الأولى إذا وفق المدعى قائلاً: نعم كنت اشتريت هذه الدار منه منذ سنة إلّا أنني كنت بعتها له ثم اشتريتها منه منذ شهر واثبت هذاالتوفيق أي اثبت البيع والشراء الثاني بعد البيع الأول تقبل (الهندية).
وقد لزم اثبات هذا التوفيق بأن البيع بعد البيع لا يتم بمجرد فعل المشهود له بل يلزم لتمامه فعل آخر أي فعل المشهود عليه لأن البيع لا يتم إلّا بالايجاب والقبول (الخانية).

٢ ـ يوفق المدعي في المسألة الثالثة المتفرعة من الفقرة الأولى بقوله: ان جميع تلك الدار كانت ملكاً لي ثم بعت منها تلك الغرفة وأن شهودي لا يعلمون بذلك (الهندية والبزازية).

٣ ـ يوفق المدعي في المسألة الرابعة المتفرعة من الفقرة الأولى بقوله: انني قد اخذت ثلاثمائة درهم بعد الشهادة فحينئذ لايطرأ خلل عليها. أما إذا قال المدعي ان مطلوبي من ذمة المدعى عليه هو سبعمائة درهم فقط فتبطل الشهادة، لأنه يكون قد كذب شهوده ولا يمكن التوفيق في الشهادة (الشبلي).

٤ ـ فقرة المجلة (كان لي عليه الف ولكن أدى منها خمسمائة الخ).

اثبات التوفيق ـ إذا وفق المدعي بين الشهادة والدعوى فاذا كان التوفيق يتم بفعل المدعي فقط، ولا يلزم فيه انضمام فعل الآخر فلا يقتضي اثبات التوفيق؛ فلذلك إذا ادعى المدعي الف درهم وشهدت الشهود بالف ومائتي درهم وقال المدعي أن مطلوبي من المدعى عليه هو في الحقيقة الف ومايتا درهم إلّا أنني ابرأته من مائتي درهم أو أنني استوفيت منه مائتي درهم والشهود لا يعلمون ذلك فيقبل توفيقه بلا اثبات لأن الابراء يتم بالدائن فقط. أنظر المادة (١٥٦٨). كما أن الاستيفاء أيضاً يتم بالدائن، لأن الدائن إذا ظفر بجنس حقه فله استيفاؤه ولا يقتضي له إيفاء من الطرف الآخر فلذلك لا يكون المدعي مجبوراً لاثبات التوفيق.

أما إذا لم يتم التوفيق بفعل المدعي ويلزم له انضمام فعل شخص آخر فيجب اثبات التوفيق،

فعليه إذا ادعى المدعي الملك بالشراء وشهدت الشهود على الملك بالهبة وقال المدعي انني قد اشتريت المال أولاً من المدعى عليه ثم انه أنكر اشترائي وبعد ذلك وهبه لي وسلمني إياه فيجب عليه اثبات هذا التوفيق (الخانية).

مثلاً إذا ادعى بأن هذا المال ملكي منذ سنتين وشهدت الشهود بكونه ملكه منذ ثلاث أو عشر سنين لا تقبل، لأن المدعي قد كذب شهوده (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى) لأن الملكية منذ ثلاث سنوات أكثر من الملكية منذ سنتين إذ في الصورة الأولى يكون المدعي مستحقاً لزوائد المشهود به عن ثلاث سنوات وفي الصورة الثانية يكون مستحقاً لزوائد المشهود به عن سنتين فقط.

كذلك إذا ادعى المدعي بخمسماية درهم وشهدت الشهود بألف درهم لا تقبل ولا يحكم بخمسماية درهم لأن المدعي قد كذب شهوده فيما يزيد عن الخمسماية درهم (الخانية).

ولكن إذا وفق المدعي بين الدعوى والشهادة بقوله: كان لي عليه ألف درهم ولكن أدى لي خمسماية درهم أو ابرأته منها وليس للشهود علم بذلك تقبل شهادتهم لان الدعوى والشهادة قابلة لهذا التوفيق ولا يكون الشهود قد كذبوا بهذا التوفيق (الولوالجية بزيادة والخانية) ولا يلزم اثبات هذا التوفيق كما بين آنفاً.

أما إذا قال المدعي: ان مطلوبي هو خمسماية درهم فقط فيكون في هذه الحالة قد كذب شهوده صراحة ولا يمكن توفيق هذا الكلام فلذلك لا تقبل هذه الشهادة (الشبلي).

المادة (١٧٠٩) - (إذا ادعى المدعي الملك المطلق بقوله: هذا الكرم ملكي مثلاً وشهدت الشهود بالملك المقيد بقولهم: ان المدعي اشترى هذا الكرم من فلان تقبل شهادتهم فعليه إذا شهدت الشهود بالملك المقيد يسأل القاضي المدعي بقوله: أبهذا السبب تدعي هذا الملك أم بسبب آخر؟ فان قال المدعي: نعم أنا ادعي الملك بهذا السبب قبل القاضي شهادة الشهود وإن قال: ادعيت بسبب آخر أو لا ادعيه بهذا السبب رد القاضي شهادة اولئك الشهود).

إذا ادعى المدعي الملك المطلق بقوله: هذا الكرم ملكي مثلاً وشهدت الشهود بالملك المقيد بقولهم: أن المدعي اشترى هذا الكرم من فلان أو اتهبه وتسلمه من فلان تقبل شهادتهم، لأنهم قد شهدوا باقل من المدعى به ولا يمنع ذلك من قبول شهادتهم حسب المادة (١٧٠٧). وسبب أن الملك المقيد اقل من الملك المطلق هو مذكور في المادة (١٧١٠) وعليه فهذه هي فرع للمادة (١٧٠٧) ومثال لها. إلّا أنها قد ذكرت مستقلاً باعتبار التفصيلات الآتية:

أما اختلاف الشهود في السبب فهو موجب لرد الشهادة. مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: ان هذه الدار ملكي وشهد أحد الشهود بقوله: إن هذه الدار هي للمدعي موروثة عن ابيه وشهد

الشاهد الآخر بأن الدار للمدعي موروثة عن اخيه لا تقبل، لأنه لا يمكن التوفيق بين الشهادتين حيث يجب على المدعي أن يدعي الملك بأحد هذين السببين فيكون قد كذب أحد شاهديه. كذلك لو شهد أحد الشهود بأن المدعي اشترى المال من فلان وشهد الآخر بأنه اتهبه من شخص آخر وقبضه لا تقبل (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى).

قد بين في هذه المادة اختلاف الشهود في المشهود به وسيبين في المادة (١٧١١) مخالفة الشهادة للدعوى في السبب.

فلذلك إذا شهدت الشهود بالملك المقيد يسأل القاضي المدعي بقوله: أبهذا السبب تدعي الملك أم بسبب آخر؟ فان قال المدعي: نعم أنا ادعي الملك بهذا السبب قبل القاضي شهادة الشهود لأن الشهادة موافقة للدعوى تماماً وان قال: ادعيت بسبب آخر أو لا ادعيه بهذا السبب رد القاضي شهادات اولئك الشهود ولا يحكم القاضي بأن الملك ملكه بالسبب الآخر؛ لان المدعي قد كذب وفسق شهوده (واقعات المفتين).

قد قيد بهذه الفقرة الاطلاق في الفقرة الآنفة اذ يفهم من هذه الإيضاحات أن قبول الشهادة المذكورة متوقف على توفيق المدعي فلذلك إذا ادعى المدعي دعوى الملك المطلق وشهدت الشهود بالملك المقيد ثم رجع الشهود وشهدوا بالملك المطلق لا تقبل شهادتهم، أما اذا شهدوا على الملك المطلق ثم شهدوا بعد ذلك على الملك المقيد فتقبل شهادتهم حسب التفصيل المذكور (الهندية والانقروي والحموي).

المادة (١٧١٠) - (إذا ادعى المدعي في كرم ملكاً مقيداً مثلاً ينظر: فإن قال: اشتريت ولم يذكر بائعه أو قال اشتريته من احد مبهماً فهو في حكم الملك المطلق فاذا شهدت الشهود على الملك المطلق بقولهم: هذا الكرم ملكه تقبل شهادتهم ولكن إذا صرح المدعي باسم بائعه بقوله: اشتريته من فلان وشهدت الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم لأنه إذا ثبت الملك المطلق يثبت وقوعه عن اصل ويلزم أن يكون المدعي مالكاً لزوائده كلزوم كون المدعي مالكاً ثمر الكرم الذي حصل قبلاً مثلاً ولكن إذا ثبت البيع المقيد لا يثبت إلّا اعتباراً من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع البيع والشراء فلذلك يكون الملك المطلق بالنسبة إلى الملك المقيد أكثر وبهذه الصورة تكون الشهود قد شهدت بالأكثر فلا تقبل شهادتهم).

إذا ادعى المدعي في كرم ملكاً مقيداً أي في عين؛ ويحترز بذلك من الدين، مثلاً ينظر: وفي ذلك خمس صور:

١ ـ فان قال اشتريت ولم يذكر بائعه[1].

٢ ـ أو قال اشتريته من احد مبهماً.

٣ ـ أن يقول اشتريته من زيد وكان زيد غير معروف كما أن المدعي لم يعرف زيداً بقوله: ابن فلان.

٤ ـ إذا ادعى الشراء مع القبض.

٥ ـ إذا ادعى النتاج؛ ففي هذه الصور الخمس تكون الدعوى بحكم دعوى الملك المطلق فاذا شهدت الشهود على الملك المطلق بقولهم: بأن هذا الكرم ملكه تقبل شهادتهم. مثلاً لو ادعى المدعي قائلاً: ان هذه البغلة ملكي نتاجاً من فرسي وشهدت الشهود بالملك المطلق بأن تلك البغلة ملكه تقبل (الهندية وعبد الحليم وابو السعود ورد المحتار والشبلي والبحر).

وان يكن أن دعوى الارث حسب المشهور هي كدعوى الملك المطلق إلاّ أن المادة (١٦٧٨) قد قبلت بأنها ملك مقيد (الشبلي) ولكن إذا صرح المدعي باسم بائعه بقوله: قد اشتريته من فلان أو من فلان بن فلان المعروف وشهدت الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم حتى أنه لا يحل للشهود الذين تحملوا الشهادة على الملك بسبب أن يشهدوا بالملك المطلق حيث أن شهادتهم بالملك المطلق لا تكون مقبولة فتؤدي إلى ابطال حق المدعي (ابو السعود والشبلي) لأنه إذا ثبت الملك المطلق بالشهادة يثبت وقوعه عن اصل ويلزم أن يكون المدعي مالكاً لزوائد ذلك الملك كلزوم كون المدعي مالكاً ثمر الكرم الذي حصل قبلاً مثلاً أي أنه يملك زوائده المنفصلة والمتصلة ولكن إذا ثبت البيع المقيد لا يثبت إلاّ اعتباراً من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع البيع والشراء ولهذا يكون الملك المطلق بالنسبة إلى الملك المقيد أكثر. لأن المدعي لا يملك زوائد الملك المقيد الحاصلة قبل الشراء كثمر الكرم وبهذه الصورة تكون الشهود قد شهدت بالأكثر ولا تكون شهادتهم مقبولة بموجب المادة (١٧٠٨) كما أن التوفيق متعذر في هذه الشهادات إذ لا تصور أن يكون الحادث قديماً والقديم حادثاً (الزيلعي).

إذا ثبت بالبينة ـ أما إذا ثبت بالإقرار فلا يستحق المقر له لزوائد (الولوالجية في الفصل الخامس).

في كرم مثلاً ـ أما إذا كان المدعى به ليس بعين بل كان ديناً فلا فرق بين مطلقه ومقيده فتقبل الشهادة على المطلق. مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: إن لي في ذمة المدعى عليه ألف درهم من جهة القرض وشهدت الشهود أن المدعى عليه مدين للمدعي بألف درهم أو أن المدعى عليه قد أقر له بألف درهم تقبل الشهادات حيث أن الدين لا تحتمل فيه الزوائد فلا تعد الشهادة الواقعة شهادة بالأكثر (الهندية والواقعات والبهجة).

(١) لأنه لما لم يبين البائع صار كأنه لم يذكره فكأنه ادعي الملك المطلق (التكملة).

المادة (١٧١١) - (لا تقبل الشهادة إذا كانت مخالفة للدعوى في سبب الدين مثلاً إذا ادعى المدعي ألف درهم من جهة ثمن المبيع وشهدت الشهود على أن المدعى عليه مدين بذلك المقدار من جهة القرض فلا تقبل شهادتهم، كذلك إذا ادعى المدعي بأن هذا الملك لي موروث لي عن أبي وشهدت الشهود بأنه موروث له عن أمه فلا تقبل شهادتهم).

الأصل الأول - أنه إذا كانت الشهادة مخالفة للدعوى في سبب الدين فهي غير مقبولة لأن الشيء الثابت بالشهادة هو غير المدعى به كما أن المدعى به لم يثبت بالشهادة، أما إذا كان الشهود لا يعلمون سبب المدعى به أو كان يوجد مخالفة بين الشهادتين في أمور زائدة أو ناقصة لا تحتاج الإثبات فلا يطرأ خلل على الشهادة. مثلاً إذا ادعى المدعي عشرة دنانير من المدعى به وشهدت الشهود بأن المدعي قد أدى للمدعى عليه عشرة دنانير إلا أنهم لا يعلمون بأي طريق جرى الآداء هل هو بطريق القرض أو غيره فتقبل شهادتهم (أبو السعود وأبو السعود المصري والقاعدية) انظر المادة (١٧٠٧).

ويتفرع على هذا الأصل المسائل الآتية:

١ - إذا ادعى المدعي ألف درهم من جهة ثمن المبيع وشهدت الشهود على المدعى عليه بكونه مديناً بهذا المقدار من جهة القرض لا تقبل شهادتهم. أما إذا شهد الشهود على الإقرار فتقبل. انظر المادة (١٥٨١).

كذلك إذا ادعى المدعي بأنه لي في ذمة هذا الرجل ألف درهم من ثمن المبيع وشهدت الشهود بأن المدعى عليه قد أقر بأن في ذمته ألف درهم للمدعي من جهة القرض فإذا قال المدعي أن مديني وإن أقرَّ بذلك إلا أن ديني هو ثمن مبيع تقبل الشهادة. أما إذا قال المدعي ان مديني لم يقر هكذا بل أنه أقر بأنه مدين لي من جهة ثمن المبيع فلا تقبل الشهادة إذ يكون المدعي قد كذب شهوده.

٢ - إذا ادعى المدعي قائلاً إن لي في ذمة زيد الغائب ألف درهم من جهة القرض وقد كفل على ذلك عمرو وشهدت الشهود بأن المدعى عليه عمراً قد أقرَّ بأنه كفل بكراً المدين للمدعي بألف درهم من جهة القرض فقال المدعي: إن المدعى عليه قد أقر بأنه كفيل عن مطلوبي من ذمة بكر إلا أنه في الحقيقة كفيل عن زيد المدين لي فتقبل هذه الشهادات ويحكم على المدعى عليه بأداء ألف درهم حسب كفالته عن عمرو لأن الشهود قد اتفقوا على المقصود فاختلافهم بعد ذلك في السبب غير مضر، أما إذا قال المدعي أن الكفيل لم يقر هكذا بل أقر بأنه كفيل عن مطلوبي من زيد فلا تقبل شهادتهم حيث يكون المدعي قد كذب شهوده (البزازية والأنقروي).

٣ - إذا ادعى المدعي خمسماية درهم من ثمن القماش الذي باعه وشهدت الشهود على

خمسماية درهم ثمن فرس باعها المدعي فلا تقبل شهادتهم.

٤ - إذا ادعى المدعي مبلغاً معيناً ثمناً للمبيع وشهد الشهود بأن المدعى عليه مدين للمدعي بذلك المقدار من الدين من جهة بدل المغصوب الهالك فلا تقبل الشهادات (الهندية والتكملة).

الأصل الثاني - إذا كانت الشهادة مخالفة في سبب عين الملك فلا تقبل ويتفرع على هذا الأصل المسائل الآتية: -

١ - كذلك اذا ادعى المدعي بأن هذا الملك لي موروث عن والدي وشهدت الشهود بأنه موروث له عن امه فلا تقبل شهادتهم.

٢ - إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً أنه مالي ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً ان المال المذكور كان للمدعي إلا أنه قد وهبه لي وسلمني إياه وشهد أحد الشهود الذين أتوا لإثبات الدفع المذكور بأن المدعي قد أقرَّ بأنه وهب وسلم هذا المال للمدعى عليه وقبضه المدعى عليه وشهد الآخر بأن المدعي قد تصدق بهذا المال للمدعى عليه وأن المدعى عليه قبضه فلا تقبل الشهادة لأن المدعي لو ادعى أحد هذين السببين فيكون منكراً السبب الآخر ومكذباً لأحد شهوده (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى).

٣ - إذا ادعى المدعي ملك النتاج في فرس وشهد الشهود على الملكية بالشراء فلا تقبل شهادتهم ما لم يوفق المدعي ويثبت توفيقه بأن يقول المدعي أن الفرس قد نتجت في ملكي ثم بعتها لهذا المدعى عليه ثم اشتريتها منه وأن يثبت توفيقه هذا (الهندية والطحطاوي).

٤ - إذا ادعى المدعي الدار التي في يد آخر قائلاً: إنها ملكي قد اشتريتها من فلان وشهدت الشهود بأن الدار هي للمدعي وأن فلاناً قد وهبها وسلمها للمدعى عليه فلا تقبل الشهادة، لأن الشهادة المذكورة قد وقعت على الهبة التي لم يدع بها. انظر المادة (١٦٩٦) (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى) ما لم يوفق المدعي ويثبت التوفيق. مثلاً إذا قال المدعي إنني اشتريت هذه الدار من ذلك الشخص إلا أنه قد أنكر البيع فوهبني وسلمني إياها بعد الإنكار وأثبت ذلك تقبل الشهادة (الهندية والأنقروي).

٥ - إذا ادعى المدعي بأن هذه الدار قد اشتريتها من مالكها فلان مقابل فرسين فهي ملكي وشهدت الشهود بأنه اشتراها بألف درهم فلا تقبل شهادتهم ما لم يوفق المدعي ويثبت توفيقه؛ مثلاً إذا قال المدعي انني اشتريت هذه الدار منذ شهر من هذا المدعى عليه مقابل رأسي خيل إلا أنه قد أنكر شرائي فاشتريتها منه ثانية بألف درهم ووفق كلامه على هذا الوجه وأثبت الشراء ثانية تقبل الشهادات (الهندية).

٦ - إذا ادعى المدعي داراً إرثاً عن والده وشهدت الشهود بالشراء من ذي اليد فلا تقبل الشهادات ما لم يوفق المدعي ويثبت توفيقه بأن يقول انني اشتريت هذه الدار من ذي اليد ثم بعتها

من أبي ثم توفي أبي فأصبحت ميراثاً لي وشهدت الشهود على ذلك تقبل ولا يثبت هذا التوفيق ما لم يشهد الشهود بالبيع من أبيه لأن دعوى البيع من أبيه دعوى على الأب فلا يثبت إلا ببينة؛ وكذا لو ادعى الإرث أو لا فشهدت الشهود، بالهبة أو الصدقة مكان الشراء لا تقبل ما لم يوفق (الخانية).

الفصل الخامس
في بيان اختلاف الشهود

المادة (١٧١٢) - (إذا اختلف الشهود في المشهود به لا تقبل شهادتهم. مثلاً لو شهد أحد الشاهدين بألف درهم ذهباً والآخر بألف فضة لا تقبل شهادتهما).

يشترط في قبول الشهادة تطابق شهادة الشهود في المشهود به لأنه إذا لم تتفق شهادة الشهود في المشهود به فلا يكمل نصاب الشهادة وينفرد كل شاهد بنوع من الأخبار بالمشهود به والحال أنه لا يحكم بشهادة الشاهد الواحد (منافع الدقائق شرح مجامع الدقائق والحموي وأبو السعود) انظر المادة (١٦٨٥١) وعليه فإذا تطابقت شهادة الشهود في المشهود به تقبل شهادتهم.

تفصيل التطابق، ان التطابق عند الإمام يكون بتطابق لفظ كل من الشهادتين في المعنى الواحد ولا يكفي التطابق بالدلالة، وأما عند الإمامين فيكفي الدلالة بالتضمن. مثلاً لو ادعى المدعي ألفي وماية درهم وشهد أحد الشاهدين بألفي وماية درهم وشهد الشاهد الآخر بألف وماية درهم فتقبل شهادتهما عند الإمامين بحق الألف وماية درهم لأن الشهود متفقون في الأقل ونصاب الشهادة حاصل (الحموي والزيلعي) وبتعبير آخر أن الشهادة بألفي وماية درهم تدل على الألف وماية درهم بدلالة التضمن؛ أما إذا ادعى المدعي الأقل وشهد أحد الشاهدين على الأقل وشهد الآخر على الأكثر فلا تقبل؛ لأن المدعي قد كذب الشاهد الذي شهد بالزيادة كما أن الحق لا يثبت بشهادة الواحد (الزيلعي» فلذلك تقبل الشهادات الآتية على قول الإمامين:

١ - إذا شهد أحد الشاهدين أن فلاناً بن فلان قد وكل هذا الشخص ليدعي بهذه الدار على هذا الشخص وشهد الآخر بأنه وكله بالإدعاء بهذه الدار وبهذه البغلة أيضاً فيحكم بالوكالة بدعوى الدار فقط لأن الشاهدين متفقان في ذلك.

٢ - إذا شهد أحد الشاهدين بأن الموكل قد وكل هذا الوكيل بدعوى هذه الدار وشهد الشاهد الآخر بأنه وكله وكالة عامة فتثبت وكالته بدعوى الدار (الهندية).

٣ - إذا ادعى المدعي الكفالة بالمال وشهد أحد الشاهدين بمطلوبه من جهة الكفالة وشهد الآخر بمطلوبه من جهة الحوالة فيحكم بمطلوبه من جهة الحوالة لأن الحوالة أقل من الكفالة (الهندية).

٤ ـ إذا ادعى المدعي ألف درهم وعشرة دنانير فشهد أحد الشاهدين بالألف درهم والعشرة دنانير وشهد الآخر بالعشرة الدنانير فقط تقبل الشهادة بالألف درهم. أما إذا ادعى المدعي بألف درهم فقط وشهد الشهود بألف درهم وعشرة دنانير فلا تقبل شهادتهم (الهندية).

٥ ـ إذا ادعى المدعي ألف وخمسماية درهم وشهد أحد الشاهدين بألف وخمسماية درهم وشهد الشاهد الآخر بألف درهم فتقبل الشهادة بحق الألف درهم لأنهما اتفقا على ألف وتفرد أحدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما (أبو السعود) ولأنه لم يكذب أحد شاهديه (الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات).

أما إذا قال المدعي: ان مطلوبي ألف درهم فقط وليس بأزيد وشهد أحد الشهود بأزيد من ذلك تبطل شهادتهم (أبو السعود). كذلك لو ادعى المدعي ألف درهم وسكت عن الزيادة وشهد أحد الشاهدين بالزيادة لا تقبل شهادته ما لم يوفق المدعي قائلاً: إن حقي عند المدعى عليه هو زيادة عن المدعى به كما ذكره الشاهد إلا أنني قد أخذت الزيادة أو انني أبرأته من تلك الزيادة والشاهد لا يعلم ذلك فحينئذ تقبل الشهادة في الأقل (الهندية وأبو السعود).

٦ ـ لو ادعى المدعي قائلاً: إن هاتين الفرسين ملكي وشهد أحد الشاهدين بأن تينك الفرسين ملك المدعي وشهد الشاهد الآخر بأن إحداهما ملك المدعي فتقبل الشهادة في حق تلك الفرس بالإتفاق (الدرر وأبو السعود ورد المحتار).

٧ ـ إذا ادعى المدعي مائة جنيه انكليزيا ذهباً وشهد أحد الشاهدين بمائة جنيه إنكليزياً ذهباً وشهد الشاهد الآخر بماية جنيه افرنسياً ذهباً فتقبل الشهادة ويحكم بالأقل، أما إذا ادعى المدعي بمائة جنيه افرنسياً وشهدت الشهود بمائة جنيه إنجليزياً فلا تقبل الشهادة. أنظر المادة (١٧٠٨) «الأنقروي»[1].

٨ ـ إذا ادعى المدعي خمسةً وعشرين ديناراً ذهباً وشهد أحد الشاهدين بخمسة وعشرين ديناراً وشهد الشاهد الآخر بعشرين ديناراً تقبل الشهادة ويحكم بالعشرين ديناراً (صرة الفتاوى وعلي أفندي والفيضية ورد المحتار والهندية).

أما عند الإمام فيوجد تفصيل في مسألة اختلاف الشهود وهو: إذا كان اختلاف الشهود في عدد وكان ذلك العدد مما يعطف على غيره بأداة العطف ينظر: فإذا ادعى المدعي الأكثر فتكون الشهادة مقبولة بالأقل مثلاً. لو ادعى المدعي قائلاً: ان مطلوبي خمسة وعشرون درهماً وشهد أحد الشاهدين بخمسة وعشرين درهماً وشهد الآخر بعشرين درهماً فتقبل الشهادة في حق العشرين درهماً (الفيضية) أما إذا كان المدعي ادعى الأقل فلا تقبل. وإذا كان الاختلاف في عدد لا يمكن عطفه على عدد آخر بحرف العطف فلا تقبل الشهادة. مثلاً لو ادعى المدعي أربعين درهماً وشهد أحد

(١) لأن شهادتهم تكون بالأكثر (المعرب).

الشاهدين بأربعين درهماً وشهد الآخر بعشرين درهماً فلا تقبل الشهادة لأن العشرين لا تعطف على العشرين فلا يقال عشرون وعشرون بل يقال أربعون (الفيضية والخانية).

إن الزيلعي قد عد قول الإمام الأعظم هو الراجح وقد أفتى مشايخ الإسلام بقول الإمام إلا أن صدر الشريعة قال أن قول الإمامين أظهر (علي أفندي والزيلعي والشبلي).

لا يوجد في المجلة صراحة تدل على ترجيح أحد هـذين المذهبين إذ أن حكم المادة (١٧٠٧) هي بالاتفاق ولم تكن مبنية على قول الإمامين لأنه لا يوجد فرق بين شرط التوافق بين الشهادة والدعوى وبين شرط التطابق بين الشهادتين، الا يرى أن المدعي إذا ادعى الغصب أو القتل وشهد الشهود على الإقرار بالغصب أو القتل تقبل الشهادة، أما إذا شهد أحد الشهود على الغصب وشهد الآخر على الإقرار بالغصب فلا تقبل كما سيوضح ذلك قريباً.

ويتحرى التطابق في المشهود به وليس في لفظ الشهادة لأن المحكوم به والمقصود هو المشهود به وليس لفظ الشهادة (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى والزيلعي).

فلذلك إذا لم يكن لفظ شهادة أحد الشهود عين لفظ شهادة الآخر بل كان مرادفاً له فهو جائز كما أن اختلاف الشهود في الأشياء التي لا يلزم ذكرها وبيانها غير مضر (الزيلعي والشبلي).

بعض مسائل متفرعة على ذلك:

١ ـ لو شهد أحد الشاهدين قائلاً: أن هذا الرجل قد وهب وسلم هذا المال لهذا الشخص وشهد الشاهد الآخر بأنه إعطاء له عطية وسلمه تقبل الشهادة لأن الهبة والعطية من الألفاظ المترادفة (أبو السعود).

٢ - إذا ادعى المدين الإبراء من دينه وشهد أحد الشاهدين على الإبراء من الدين وشهد الآخر بالهبة والتصدق به تقبل لأن هبة الدين للمدين أو للتصدق به أو تمليكه هو إبراء للمدين. أنظر المادة (٨٤٧) فتكون ألفاظ الشهادتين مترادفة (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى والطحطاوي ورد المحتار).

أما إذا ادعى المدين إيفاء الدين وشهد أحد الشاهدين على إقرار الدائن باستيفاء الدين وشهد الآخر بأن الدائن قد أبرأ المدين أو وهبه أو تصدق بالدين أو حلله للمدين فلا تقبل لأن الشهادتين مختلفتان لفظاً ومعنى. إلّا إذا قال شاهد البراءة: انه أقر بريً إليه بالإيفاء (لسان الحكام).

٣ - لو قال أحد الشاهدين: ان المدعى عليه قد أقر بأن المدعي قد وهبه هذا المال وقال الشاهد الآخر بأن المدعي قد أقر بأنه تصدق عليه بهذا المال فإذا قال المدعي: إنني لم أهب كما أنني لم أتصدق بذلك المال فيحكم بالمال للمدعي لأن إقراره بذلك كله إقرار بالملك فثبت الاتفاق على إقراره بالملك للمدعي (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى).

٤ - إذا شهد أحد الشاهدين بأن المدعى عليه قد أقرّ وهو لابس ثياباً بيضاء وراكب فرساً أو أثناء ما كان فلان حاضراً أنه مدين للمدعي بألف درهم وشهد الشاهد الآخر بأن المدعى عليه قد أقر بذلك وهو لابس ثياباً سوداء وراكب بغلة أو لم يكن ذلك الشخص حاضراً حين إقراره فتقبل الشهادة «الهندية».

٥ - إذا أنكر ولي الصغير اذنه الصغير بالبيع والشراء وشهد أحد الشاهدين بأنه أذنه ببيع وشراء الحنطة وشهد الآخر بأنه أذنه ببيع وشراء الشعير تقبل الشهادة. أنظر المادة (٩٧٠) لأن قول الوصي أذنت بالتجارة كاف ولا يلزم في الأذن ذكر الأذن ببيع الحنطة أو الشعير ويثبت الأذن بهذه الشهادة «الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات».

أما إذا اختلف الشهود في المشهود به فلا تقبل شهادتهم وهذا الاختلاف يكون على سبعة أنواع:

النوع الأول: يكون الاختلاف في جنس المشهود به وعليه فلا تقبل الشهادة، مثلاً لو شهد أحد الشاهدين بألف درهم ذهباً وشهد الآخر بألف درهم فضة لا تقبل شهادتهما؛ أو شهد أحدهما بمائة كيلة شعيراً والآخر بمائة كيلة حنطة لا تقبل سواء ادعى المدعي ذهباً او ادعى فضة لأنه إذا ادعى أحدهما فيكون قد كذب شهادة الشاهد الذي شهد بغير ذلك (الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات والهندية والأنقروي). كما أن الاختلاف على هذا الوجه بين الدعوى والشهادة لا يقبل أنظر شرح المادة (١٧٠٦) «علي أفندي».

كذلك لو ادعى أحد من آخر ألف درهم من جهة الحوالة وشهد أحد الشاهدين أن زيداً قد حول المدعي على المدعى عليه بألف درهم ذهباً وشهد الآخر بأنه حوله بألف درهم فضة لا تقبل (الهندية).

وكذلك لو اختلف الشاهدان في المكفول به. مثلاً كأن يشهد أحدهما بأن المدعى عليه قد كفل على مائة ريال وشهد الآخر أنه كفل على مائة دينار فلا تقبل الشهادة سواء ادعى المدعي الكفالة بمائة ريال أو ادعى الكفالة بمائة دينار.

النوع الثاني: يكون الاختلاف في سبب المشهود به وهذا غير مقبول أيضاً كما أن هذا الاختلاف يوجب رد الدعوى إذا وقع بين الدعوى والشهادة أنظر المادة (١٧١١) وهذا على صنفين:

الصنف الأول ـ أن يكون في العين مثلاً إذا ادعى أحد الدار التي في يد آخر قائلاً أنها ملكي وشهد أحد الشاهدين بأن الدار ملك المدعي شراء وشهد الآخر أنها ملكه هبة فلا تقبل لأن المدعي إذا صدق أحد الشاهدين يكون قد كذب الشاهد الآخر.

كذلك إذا شهد أحدهما على الملك هبة وشهد الآخر على الملك صدقة أو إرثاً أو وصية فلا تقبل (الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات).

وكذلك إذا شهد أحد الشاهدين قائلاً: إن هذا المال للمدعي قد اشتراه من فلان وشهد الآخر قائلاً: إن هذا المال للمدعي موروث له عن أبيه فلا تقبل (الولوالجية).

الصنف الثاني ـ أن يكون في الدين مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: إن لي في ذمة هذا الرجل ألف درهم من جهة القرض وشهد أحد الشاهدين أن للمدعي ألف درهم من جهة القرض وشهد الآخر أن للمدعي عند المدعى عليه ألف درهم وديعة لا تقبل، أما إذا ادعى المدعي ألف درهم بدون بيان السبب وشهد أحدهما بأن المدعى عليه قد أقر بأنه مدين للمدعي بألف درهم وشهد الآخر بأن المدعى عليه قد أقر بأن للمدعي ألف درهم وديعة واختلفا في الجهة تقبل الشهادة. أنظر المادة (١٥٨١) «البزازية والهندية».

كذلك إذا ادعى المدعي بعشرة دنانير وشهد أحد الشاهدين بعشرة دنانير ثمن مبيع وشهد الآخر بعشرة دنانير قرضاً فلا تقبل إذ لا يمكن تصديق الشاهدين لأنه إذا صدق أحدهما فقد كذب الآخر.

أما إذا ادعى المدعي ألف درهم من جهة وشهد أحدهما بأن للمدعي ألف درهم من تلك الجهة وشهد الآخر بأن له ألف درهم مطلقاً تقبل الشهادة (الهندية والأنقروي).

كذلك إذا شهد أحد الشاهدين على الإقرار باستيفاء الدين وشهد الآخر على الإبراء منه فلا تقبل وهو أنه إذا دعى المدين ايفاءه الدين وشهد أحدهما بـأن الدائن قد أقر باستيفائه الدين وشهد الآخر بأن الدائن قد أبرأ المدين من الدين فلا تقبل الشهادة، لأنهما اختلفا معنى لأن البراءة بالإبراء تخالف البراءة بالإيفاء إذ البراءة بالإيفاء بيع بتمليك ما في ذمته بعوض والبراءة بالإبراء تبرع بتمليك ما في ذمته بغير عوض والبيع يخالف التبرع لفظاً ومعنى (الـولوالجيـة في الفصل الخـامس من الدعوى).

كذلك إذا شهد الشاهدان بأن المدعى عليه قد نقل على مائة ريال إلّا أنهما اختلفا في الماية ريال فقال أحدهما إنها قرض وقال الآخر بأنها ثمن مبيع فإذا كان المدعي يدعي الماية ريال من جهة واحدة أي كفالة ماية ريال من جهة القرض أو ماية ريال من جهة ثمن المبيع فلا تقبل أما إذا كان المدعي يدعي ماية ريال من جهة القرض وماية ريال أخرى من جهة ثمن المبيع فيحكم بماية ريال.

النوع الثالث: يكون المشهود به ملكاً أو إقراراً وهذا أيضاً لا يقبل، مثلاً لو شهد أحد الشاهدين على الملك وشهد الآخر على الإقرار فلا تقبل، يعني لو شهد أحدهما قائلاً: إن هذا المال للمدعي وشهد الآخر بأن المدعى عليه قد أقر بأن هذا المال للمدعي فلا يقبل (البزازية والهندية).

أما الأربع شهادات الآتية فتقبل:

أولاً ـ إذا ادعى المدعي أن لي عشرة دنانير وشهد أحد الشاهدين بأن المدعى عليه قد أقر أنه مدين للمدعي بعشرة دنانير من جهة القرض وشهد الآخر بأن المدعى عليه قد أقر بأن المدعي

أودعه عشرة دنانير فتقبل، لأنهما أجمعا على إقراره وأنه وصل إليه المبلغ المذكور من قبل المدعي وقد جحد الوديعة فكان ضامناً (الخانية).

ثانياً ـ إذا ادعى المدعي على ذي اليد قائلاً: إن هذا المال مالي وشهد أحد الشاهدين بأن ذا اليد قد أقر بأن المدعي قد أودعه ذلك المال وشهد الآخر بأن ذا اليد قد أقر بأنه غصب ذلك المال من المدعي وقال المدعي بأن المدعى عليه قد أقر بما قاله الشاهدان إلّا أن المدعى عليه قد غصب ذلك المال مني فتقبل شهادتها ويعد ذو اليد بأنه أقر بغصب ذلك المال من المدعي حتى لو ادعاه بعد ذلك لا تقبل (الخانية).

ثالثاً ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: إنني أطلب العشرة دنانير التي أقرضها للمدعى عليه وشهد أحد الشاهدين على اقراض العشرة دنانير وشهد الآخر بأن المدعى عليه قد أقر بأنه استقرض وقبض من المدعي عشرة دنانير فقبل الشهادة (علي أفندي).

رابعاً ـ إذا ادعى المدعي عشرة دنانير وشهد أحد الشاهدين بالعشرة دنانير وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه بالعشرة دنانير تقبل (الخانية).

النوع الرابع: يكون المشهود به مختلفاً بكونه بتاتاً أو إقراراً وهذا لا يقبل مثلاً لو شهد أحد الشاهدين بأن قيمة المال المغصوب عشرة دنانير وشهد الآخر بأن الغاصب قد أقرّ أن قيمته عشرة دنانير فلا تقبل لأن أحدهما شهد على البتات والآخر على الإقرار وهما مختلفان (الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات).

كذلك لو شهد أحد الشاهدين بقوله: ان المشتري قد اشترى هذا المال وهو معيب بكذا عيباً وشهد الآخر بأن البائع قد أقرّ بأن المشتري قد اشترى ذلك المال حينما كان فيه ذلك العيب (والقصد بذلك إثبات العيب القديم في دعوى المشتري برد العيب) فلا تقبل (الولوالجية).

النوع الخامس: يختلف في كون المشهود به فعلاً أو قولاً وعليه فلا تقبل هذه الشهادة. مثلاً لو قال أحد الشاهدين أن هذا المال للمدعي قد غصبه المدعى عليه منه وشهد الآخر أن المدعى عليه قد أقر أنه غصبه من المدعي فلا تقبل (الولوالجية) لأنهما شهدا بأمرين مختلفين (البهجة).

كذلك إذا شهد أحدهما بأن ولي الصغير قد أذن الصغير بالبيع والشراء وشهد الآخر بأن ولي الصغير قد رأى الصغير وهو يبيع ويشتري فسكت فلا تقبل الشهادة لأن إحدى الشهادتين على قول والأخرى على فعل وهو السكوت مع الرؤيا والفعل والقول مختلفان (الولواجية) وكذلك إذا شهد أحدهما بأن المدعي قد أقرض المدعى عليه وشهد الآخر بأن المدعى عليه قد أقر بالاستقراض فلا تقبل، لأن الإقراض فعل والإقراض بالاستقراض قول. أما إذا شهد أحدهما أن للمدعي في ذمة المدعى عليه كذا درهماً وشهد الآخر أن المدعى عليه قد أقر بأنه مدين للمدعي بالمبلغ المذكور فتقبل الشهادة لأن الشهادة الثانية وإن كانت شهادة على القول إلّا أن الشهادة الأولى لم تكن على الفعل (الولواجية في الفصل الخامس من الشهادات).

كذلك لو شهد أحدهما على الرهن والقبض وشهد الآخر على إقرار الراهن بالارتهان والقبض فلا تقبل لأن الرهن وإن كان قولاً إلّا أن تمامه متوقف على القبض والقبض فعل إما الإقرار بالقبض فقول. أما إذا شهد على الإقرار بالارتهان والقبض فتقبل الشهادة للمطابقة في الشهادة على القول (الهندية).

كذلك إذا ادعى المدين إيفاء الدين وشهد أحد الشاهدين على إيفاء الدين وشهد الآخر على إقرار الدائن باستيفاء الدين وقبضه فلا تقبل (الهندية والأنقروي).

مستثنى ـ إذا كان القول والفعل متحدين فتقبل الشهادة، فلذلك إذا ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه قد بعتني هذا المال وفاء أو باتا بكذا وشهد الشاهدين بأنه باعه وشهد الآخر بأنه أقر بأنه باعه بكذا وفاء أو باتا فتقبل. لأن لفظ البيع الذي هو فعل هو كلمة بعت والقول الذي هو كلمة كنت بعت متحدان (البهجة والنتيجة).

النوع السادس: يكون المشهود به فعلين مختلفين. مثلاً لو شهد أحد الشاهدين الذي أتى ليشهد على اذن الولي للصغير إن ولي الصغير قد رأى الصغير وهو يبيع ويشتري حنطة فلم يمنعه وشهد الآخر بأن ولي الصغير قد رآه وهو يبيع ويشتري غنماً فلم يمنعه وينهاه فلا تقبل لأنهما قد شهدا على فعلين مختلفين (الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات).

النوع السابع: يكون الاختلاف في كون الملك مؤرخاً أو غير مؤرخ، مثلاً إذا ادعى المدعي الملك المؤرخ وشهد أحد الشاهدين بالملك المؤرخ وشهد الآخر بالملك الغير المؤرخ فلا تقبل، أما إذا كان المدعي ادعى ملكاً غير مؤرخ وشهد أحدهما على الملك المؤرخ والآخر على الملك الغير المؤرخ فتقبل ويحكم بالملك المؤرخ.

النوع الثامن: يكون الاختلاف في المشهود به في كونه مقيداً وغير مقيد مثلاً إذا ادعى المدعي الملك المقيد أي الملك بسبب وشهد أحد الشاهدين بالملك المقيد وشهد الآخر بالملك المطلق فلا تقبل. أما إذا ادعى المدعي الملك المطلق وشهد أحدهما بالملك المطلق وشهد الآخر بالملك بسبب فتقبل ويحكم بالملك بسبب أنظر المادة (١٧٠٧).

المادة(١٧١٣)ـ (إذا أوجب اختلاف الشهود في الشيء المتعلق بالمشهود به الاختلاف في المشهود به لا تقبل شهادتهم وإلا فتقبل. بناء عليه إذا شهد أحد الشاهدين بالفعل في زمان معين أو مكان معين وشهد الآخر في زمان آخر أو مكان آخر في الخصوصات التي هي عبارة عن الفعل الصرف كالغصب وايفاء الدين فلا تقبل شهادتها لأن اختلافهما هذا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به، وأما اختلاف الشهود في الزمان والمكان في الخصوصات التي هي من قبيل القول

كالبيع والشراء والإجارة والكفالة والحوالة والهبة والرهن والدين والقرض والإبراء والوصية فلا يكون مانعاً لقبول شهادتهم لأنه لا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به. مثلاً إذا ادعى أحد بأنه كان قد أدى دينه وشهد أحد الشاهدين بأنه أداه في بيته والآخر شهد بأنه اداه في حانوته لا تقبل شهادتها. وأما إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر بقوله: كنت بعتني هذا المال بكذا دراهم فسلمني إياه وشهد أحد الشاهدين بأنه باعه إياه في الدار الفلانية وشهد الآخر بأنه باعه إياه في الحانوت الفلاني فتقبل شهادتها لأن الفعل لا يكرر ولا يعاد ولكن القول يمكن أن يكرر ويعاد).

إذا أوجب اختلاف الشهود في الشيء المتعلق بالمشهود به الاختلاف في المشهود به لا تقبل شهادتهم حسب المادة الآنفة وإلا فتقبل وتتفرع عن الفقرة الأولى من هذه المادة المسائل الآتية:

فعليه إذا شهد أحد الشاهدين بالفعل في زمان معين أو مكان معين وشهد الآخر بالفعل في زمان آخر أو مكان آخر في الخصوصات التي هي عبارة عن الفعل الصرف كالغصب وإيفاء الدين والجناية والقتل وقبض المبيع وتسليم الثمن أو القول الذي يشترط لصحته الفعل كالنكاح فلا تقبل شهادتها؛ لأن اختلافهما هذا يوجب الاختلاف في المشهود به (الزيلعي وأبو السعود) لأن الفعل الذي يكون في زمان أو مكان يكون غير الفعل الذي جرى في زمان أو مكان آخر فيكون المشهود به مختلفاً (البحر). مثلاً لو غصب زيد مال عمرو في شهر رمضان ثم غصبه في شهر شوال فيوجد فرق بين هذين الغصبين ففي الأول تجب قيمة المغصوب في شهر رمضان وفي الثاني أي بعد أن يعيد الغاصب المال للمغصوب منه ويغتصبه ثانية في شوال تجب قيمته في شوال كذلك الاختلاف في القول المشروط فيه الفعل لصحة المشهود به مانع لقبول الشهادة كالنكاح لأن النكاح قول وتتوقف صحته على الفعل وهو حضور أو احضار الشهود ولذلك فاختلاف الشهود في الزمان والمكان في ذلك مانع لقبول شهادتهم (البحر).

ويتفرغ على الفقرة الثانية من هذه المادة:

وأما اختلاف الشهود في الزمان والمكان في الخصوصات التي هي من قبيل القول كالبيع والشراء والإجارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقرار والصلح والهبة والرهن والدين والقرض والإبراء والوصية والطلاق والعتاق والقذف فلا يكون مانعاً لقبول شهادتهم. لأنه لا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به (الزيلعي ولسان الحكام) لأنه لا يكون القول في زمان أو مكان غير القول الذي يكون في زمان أو مكان آخر فلذلك لا يكون المشهود به مختلفاً، مثلاً لو باع زيد داره المعينة بمائة دينار إلى عمرو في شهر رمضان فله بيع تلك الدار له في شهر شوال بمائة دينار إذ أن هذا البيع الثاني عين البيع الأول فلا يفيد حكماً ازيد من ذلك. أنظر شرح المادة(١٧٦). كذلك لو أقر زيد في باب

الساهرة بالقدس بأنه مدين لعمرو بعشرة دنانير من جهة القرض ثم أقر في باب العامود ثانية بأنه مدين لعمرو بعشرة دنانير قرضاً فيكون الإقرار الثاني عين الإقرار الأول ولا يعد الاقرار إقراراً آخر لتبدل المكان. أنظر شرح المادة (١٥٨٧).

مثلاً لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك عشرة دنانير فادعى المدعى عليه بأنه أدى الدين للمدعي وشهد أحد الشاهدين بأن المدعي أدى الدين في داره للمدعى عليه وشهد الآخر بأنه اداه للمدعي في حانوته فلا تقبل إذ أن الإختلاف في المكان يوجب الاختلاف في الزمان وحيث أن هذا المثال يحصل منه مثال على اختلاف الزمان فلم يرد مثال على حدة للزمان (البحر).

فعليه لو شهد أحد الشاهدين بأن الغاصب قد غصب المال في دمشق وشهد الآخر أنه غصبه في حمص فلا تقبل. كذلك لو شهد أحدهما أن القتل وقع بسكين وشهد الآخر بأنه وقع بموسى فلا تقبل (البحر).

وأما إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر بقوله: كنت بعتني هذا المال بكذا دراهم فسلمني إياه وشهد أحد الشاهدين بأنه باعه إياه في الدار الفلانية وشهد الآخر بأنه باعه إياه في الحانوت الفلاني بكذا دراهم فتقبل شهادتها ويشترط بيان الثمن في الشهادة بالشراء لأنه لا يصح الحكم بالشراء بالثمن المجهول (البحر).

كذلك إذا ادعى المدعي من ذي اليد أن المال الذي في يده هو ملكه وشهد أحد الشاهدين بأن ذلك المال هو مال المدعي وشهد الآخر بأن ذا اليد قد أقر بأن المدعي قد اودعه ذلك المال فتقبل ويحكم بالمال للمدعي. كذلك إذا شهد أحدهما بأن المدعى عليه قد أقر بأن المدعي قد أودعه ذلك المال وشهد الآخر بأن المدعى عليه قد أقر بغصبه ذلك المال من المدعي تقبل الشهادة لأن الشاهدين قد اتفقا على أن المدعى عليه قد أقر بأن ذلك المال هو للمدعي حيث أن الإيداع لا يتحقق إلا بالملك كما أن الغصب لا يتحقق إلا بالغصب من المالك (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى).

وكذلك إذا شهد أحدهما بأن المدعى عليه قد أقر أمس أنه مدين للمدعي بألف درهم وشهد الآخر بأنه أقر بذلك هذا اليوم أو شهد أحدهما أنه أقر صباحاً وشهد الآخر أنه أقر مساء تقبل الشهادة لأن الإقرار هو قول فلا يختلف باختلاف الزمان والمكان (الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات والانقروي).

كذلك لو شهد أحدهما بأن الدائن قد ابرأ المدين في سوق الحميدية وشهد الآخر بأنه قد ابرأه في الميدان فتقبل كما أنه لو شهد أحدهما على الإبراء قبل أربعة شهور وشهد الآخر على الإبراء قبل خمسة شهور تقبل (الهندية والنتيجة).

كذلك لو شهد أحد الشاهدين اللذين شهدا على نصب الوصي بأن المتوفي قد نصبه وصياً قبل وفاته بخمسة أيام وشهد الآخر بأنه نصبه وصياً قبل وفاته بعشرة أيام تقبل (البهجة).

لأن الفعل لا يكرر ولا يعاد؛ والحقيقة أنه إذا أوقع غصب في مكان يمكن بعد إيقاعه إيقاع غصب في مكان آخر إلا أن أحد هذين الغصبين غير الغصب الآخر وفعل كل غصب منهما غير فعل الغصب الآخر والحكم الذي ثبت في الغصب الثاني لا يكون عين الحكم الذي يثبت في الغصب الأول، مثلاً إذا غصبت فرس في بغداد فحكم ذلك إذا كانت تلك الفرس موجودة أن يتكلف الغاصب بتسليمها عيناً في بغداد وإذا كان مستهلكة يكلف الغاصب بدفع قيمتها في بغداد. فعليه إذا غصبت تلك الفرس في البصرة ثانية من نفس الغاصب فحكم الغصب الثاني إذا كانت الفرس موجودة تسليم الغاصب لها في البصرة وإذا كانت مستهلكة دفع قيمتها في البصرة ويفهم من ذلك أن عين فعل الغصب لا يكرر ولا يعاد. أما القول فيمكن أن يكرر ويعاد. فيسمع أحد الشاهدين قولاً في زمان ومكان ويسمع الشاهد ذلك القول في زمان ومكان آخر (النتيجة).

ويفهم من ذكر المجلة القول مطلقاً أنه لو كان المشهود به عقداً يتوقف ثبوت حكمه على فعل القبض وشهد أحد الشاهدين على ذلك القبض في زمان أو مكان معين وشهد الآخر على القبض في زمان ومكان آخر تقبل الشهادة، مثلاً لو شهد الشاهدان قائلين: إن هذا الرجل قد وهب أو رهن أو تصدق أو أقرض هذا المال لهذا الرجل وسلمه إياه وشهد أحدهما بأن قبض ذلك المال كان في دمشق وانفرد آخر بشهادة بأن قبض ذلك المال في بيروت تقبل الشهادة لأن القبض يكون بعضاً ازيد من مرة واحدة (جامع الفصولين والهندية).

مستثنى - قد ذكر في القنية أنه إذا كان الاختلاف في الزمان أو في المكان فاحشاً يكون مانعاً من قبول الشهادة. مثلاً لو أقام أحد شاهدين على الصلح فسألهما القاضي عن زمان الصلح فقال أحدهما: إن الصلح وقع حسب ظني قبل ست سنوات أو قبل ذلك أو بعده بقليل وقال الآخر: إن الصلح وقع قبل ثلاث سنوات حسب ظني أو قبل ذلك فلا تقبل. وإن يكن أن لا حاجة لذكر التاريخ في هذه المسألة إلا أنهما لما ذكراه وكان متفاوتاً تفاوتاً فاحشاً فلا تقبل شهادتهما (البحر).

كذلك إذا ذكر الشهود مكانين متباعدين عن بعضهما فلا تقبل شهادتهم. مثلاً لو شهد أحد الشاهدين أن هذا الرجل قد طلق زوجته في يوم عيد الأضحى في مدينة البصرة وشهد الآخر أنه طلق زوجته في اليوم المذكور في مكة فلا تقبل الشهادة لأنه قد علم يقيناً كذب أحد هذين الشاهدين (البحر) حيث أنه لا يمكن تكرار وإعادة هذا القول في وقت واحد في البصرة وفي مكة.

تفصيل اختلاف الشهود. يوجد خمس صور في الاختلاف في المشهود به:

١ - أن يكون المشهود به قولاً مجرداً كالبيع والطلاق والعتاق وفي هذه الصورة فاختلاف الشهود في الزمان والمكان لا يكون مانعاً للقبول كما أن اختلافهم في صورة كون المشهود به إقراراً أو إنشاء غير مانع للقبول أيضاً لأن حقيقة الإقرار والانشاء واحدة في هذا الباب فإنه قول والقول مما يعاد ويكرر فيكون الثاني عين الأول وعليه فلو قال أحد الشاهدين اللذين شهدا على إقرار المدعى عليه أن المدعى عليه قد أقر صباحاً وقال الشاهد الآخر: قد أقر مساء فتقبل الشهادة لأنهما اختلفا

فيما لم يكلفا به فلو سكتا لا يصح هذا الاختلاف مانعاً؛ وهذه الصورة هي المذكورة في هذه المادة تحت فقرة (التي هي من قبيل القول).

٢ ـ أن يكون المشهود به قولاً تتوقف صحته على الفعل كالنكاح، لأن النكاح لا يصح إلا باحضار الشهود أي أن عقد النكاح وإن كان قولاً إلا أنه يتضمن فعلاً وهو احضار الشهود وبهذا الإعتبار فالشهادة على النكاح تكون شهادة على الفعل فاختلاف الشهود في عقد النكاح في الزمان أو المكان مانع لقبول الشهادة كما أن الإختلاف فيه في صورة الإقرار أو الانشاء مانع للقبول أيضاً لأن أحدهما فعل والآخر قول.

٣ ـ أن يكون المشهود به قولاً يتوقف تمامه على الفعل كالقرض والهبة والصدقة والرهن فاختلاف الشهود في هذه الصورة في الزمان أو المكان غير مانع للقبول في القرض بالإتفاق وفي الهبة والصدقة والرهن غير مانع عند الشيخين كما أن اختلافهما في القرض في صورة الاخبار أو الانشاء غير مانع لقبول الشهادة فلذلك لو شهد أحد الشاهدين على ألف درهم قرضاً وشهد الآخر على الإقرار بالقرض تقبل الشهادة. أما الإختلاف في الهبة والصدقة والرهن فمانع للقبول سواء في صورة الاخبار أو في صورة الانشاء (فدل أن القرض في هذه العقود وإن كان فعلاً حقيقة فهو قول معني فلكونه فعلاً كان الإختلاف في الانشاء مانعاً من قبول الشهادة ولكونه قولاً معني لم يكن الاختلاف في الأيام والبلدان مانعاً عملاً بالشبيهين بقدر الإمكان).

٤ ـ أن يكون المشهود به فعلاً مجرداً كالغصب والجناية وفي هذه الصورة فاختلاف الشهود في الزمان أو المكان أو الاخبار أو الانشاء، كأن يشهد أحد مثلاً على القتل ويشهد الآخر على الإقرار بالقتل مانع لقبول الشهادة.

٥ ـ أن يكون المشهود به قولاً ويكون مختلفاً فيه بين الفقهاء في كونه ملحقاً بالفعل أو القول كالقذف ففي هذه الصورة لا يكون الإختلاف في الزمان أو المكان مانعاً للشهادة عند الإمام، أما عند الإمامين فهو مانع أما الاختلاف في صورة الإقرار أو الانشاء فهو مانع للشهادة بالإجماع استحساناً وإن يكن غير مانع قياساً (الولوالجية في الفصل الخامس من الشهادات).

المادة(١٧١٤)ـ (إذا اختلف الشهود في لون المال المغصوب أو في كونه ذكراً أو أنثى لا تقبل شهادتهم. مثلاً إذا شهد أحد الشاهدين في حق الدابة المغصوبة بكونها صفراء وشهد الآخر بكونها حمراء أو شهد أحدهما بكونها ذكراً وشهد الآخر بكونها أنثى فلا تقبل شهادتهما).

لأنه لا يعلم المشهود به حيث أن الفرس الصفراء هي غير الفرس الحمراء كما أن وصف الأنوثة والذكورة لا يجتمع في حيوان واحد والشاهد مكلف بأن يبين الدابة المشهود بها هل هي ذكر أم أنثى لأن قيمة الدابة تختلف باختلاف الذكورة والانوثة وعليه فالاختلاف في ذلك يكون اختلافاً

في نفس الشهادة (الشبلي). فإذا لم يذكر الشهود ذكورة أو أنوثة الحيوان في شهادتهم فقد قال في ذلك بعض الفقهاء (إنني أخاف أن نقبل شهادتهم ولا يحكم بشيء) أما إذا بين الشهود ذكورة أو انوثة الحيوان المدعى به ولم يبينوا لونه فتقبل شهادتهم ولا يحتاج الشهود لبيان اللون؛ والفرق أن الاختلاف في الذكورة والانوثة فاحش وتختلف المنافع بهذا الاختلاف، أما اختلاف اللون فهو ليس كذلك (الخانية).

مثلاً؛ لو شهد أحد الشاهدين في حق الدابة المغصوبة بكونها صفراء وشهد الآخر بكونها حمراء أو شهد أحدهما بكونها ذكراً وشهد الآخر بكونها أنثى فلا تقبل شهادتهما.

المادة (١٧١٥)ـ (إذا اختلف الشهود في مقدار البدل في دعوى العقد لا تقبل شهادتهم. مثلاً إذا شهد أحدهما بأن المال بيع بخمسمائة وشهد الآخر بأنه بيع بثلاثمائة لا تقبل شهادتهما).

إذا اختلفت الشهود في دعوى العقد كالبيع والاجارة والرهن والصلح عن الدم العمد والنكاح (أولاً) في مقدار البدل (ثانياً) في جنس البدل (ثالثاً) في منفعة المأجور (رابعاً) في نوع العمل في اجارة الآدمي أو لم يسم الشهود الثمن في دعوى العقد لا تقبل شهادتهم سواء كان المدعى به أقل من المشهود به أو أكثر وسواءَ كان المدعي البائع أو كان المشتري (البهجة).

ايضاح الاختلاف في مقدار البدل في البيع:

١ ـ مثال على كون المدعي البائع والمدعى به أكثر: إذا ادعى البائع على المشتري قائلاً: قد بعتك مالي هذا بخمسمائة درهم وشهد أحد الشاهدين بأن المال المذكور بيع بخمسمائة درهم وشهد الآخر بأنه بيع بثلاثمائة درهم لا تقبل شهادتهما. لأن الدعوى في هذه الصورة هي دعوى عقد فالبيع بخمسمائة درهم هو غير البيع بثلاثمائة درهم فأصبح المشهود به مختلفاً ولم يحصل نصاب الشهادة (الزيلعي وأبو السعود).

٢ ـ مثال على كون المدعي المشتري والمدعى به أكثر: إذا ادعى المشتري على البائع قائلاً: قد اشتريت منك هذا المال بستمائة درهم وشهد أحد الشاهدين أنه اشتراه بستمائة درهم وشهد الآخر أنه اشتراه بثلاثمائة درهم فلا تقبل شهادتهما.

٣ ـ مثال على كون المدعي المشتري والمدعى به أقل: إذا ادعى المدعي قائلاً: قد اشتريت هذا المال بثلاثمائة درهم وشهد أحد الشاهدين أنه اشتراه بستمائة درهم وشهد الآخر أنه اشتراه بثلاثمائة درهم فلا تقبل شهادتهما (الزيلعي).

٤ ـ مثال على كون المدعي البائع والمدعى به اقل: إذا ادعى المدعي قائلاً: قد بعت مالي هذا لك بثلاثمائة درهم وشهد احد الشاهدين بأن البائع قد باع ذلك المال بخمسمائة درهم وشهد الآخر أنه باعه بثلاثمائة درهم فلا تقبل شهادتهما لان المقصود في هذه الدعوى اثبات عقد البيع وليس

اثبات الدين والبيع يختلف باختلاف الثمن الذي هو ركن من اركان البيع. لأن كل مركب بعض اجزائه بمقدار خاص فهو غير المركب الذي يتركب بمقدار أكثر منه ففي هذا الحال لا يحصل نصاب الشهادة على أحدهما ولا يثبت البيع مطلقاً (الشبلي).

إيضاح الاختلاف في جنس الثمن في البيع:

إذا شهد احد الشاهدين بأن المبيع بيع بخمسماية درهم ذهباً وشهد الآخر بأنه بيع بخمسماية درهم فضة فلا تقبل شهادتهما لأنه لا يتصور أن يكون الشراء الواحد بثمن خمسماية درهم ذهباً ثم بخمسماية درهم فضة (أبو السعود والهندية).

إيضاح الاختلاف في مقدار البدل في الاجارة:

إذا اختلف المؤجر والمستأجر في عقد الاجارة في ابتداء مدة الاجارة وقبل تسليم المأجور للمستأجر واختلفت الشهود الذين شهدوا على ذلك في مقدار بدل الاجارة لا تقبل شهادتهم سواء كان المدعي المؤجر أو المستأجر لأن المقصود بذلك هو اثبات العقد حيث أن لا حق للمؤجر في بدل الاجارة قبل استيفاء المستأجر المنفعة ولذلك تختلف الشهادة باختلاف البدل ولا تثبت الاجارة (الشبلي والهندية) ويتفرع على ذلك المسائل الآتية:

١ ـ إذا أجر المؤجر داره إلى احد وقبل تسليمها للمستأجر ادعى عليه قائلاً: قد اجرتك داري هذه بخمسماية درهم فاستلمها وأنكر المستأجر عقد الاجارة فشهد أحد الشاهدين اللذين اقامهما لاثبات دعواه بأنه أجر الدار بخمسماية درهم وشهد الآخر بأنه أجرها بأربعماية درهم فلا تقبل.

٢ ـ إذا ادعى المستأجر قائلاً: قد استأجرت هذه الدار بمائة درهم وشهد أحد شاهدي دعواه بأن الاجارة وقعت على مائة درهم وشهد الآخر بأنها وقعت على تسعين درهماً فلا تقبل إذ في هذه الصورة يكون مقصد المستأجر من دعواه اثبات العقد. أما إذا سلم المأجور للمستأجر وكان المدعي المؤجر وادعى الأكثر وشهد الشهود على الاقل فتقبل شهادتهم، لأن هذه الدعوى دعوى مال، ولكن إذا ادعى المدعي الاقل وشهدت الشهود بالأكثر فلا تقبل (الزيلعي) سواء كانت مدة الاجارة منقضية أو غير منقضية وسواء كان المستأجر قد انتفع بالمأجور أو لم ينتفع، مثلاً إذا ادعى المؤجر قائلاً: قد أجرتك داري بألف وخمسماية درهم سنوياً وسلمتك إياها وقال المستأجر اني استأجرتها منك بثمانماية درهم وقبضتها وشهد أحد الشاهدين بأن الدار أجرت بالف وخمسماية درهم وشهد الآخر بأنها أجرت بالف درهم فنقبل شهادتها لأن مقصد المؤجر الادعاء ببدل الاجارة وليس اثبات العقد؛ وتقييده في الدرر بقوله والمدعي هو المؤجر لأنه لو ادعى المستأجر عقد الاجارة بعد انقضاء المدة كان ذلك منه اعترافاً بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به فلا حاجة إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما لأنه ان أقر بالأكثر لم يبق نزاع وان أقر

بالأقل فالآخر لا يؤخذ منه بينته سوى ذلك (أبو السعود والشبلي ورد المحتار والشرنبلالي والهندية).

كذلك إذا اختلف الشهود في منفعة المأجور لا تقبل شهادتهم أيضاً. مثلاً إذا ادعى المستأجر قائلاً:

قد استأجرت هذه البغلة من هذا الرجل لاركبها إلى دمشق ولاحملها حملاً وشهد أحد الشاهدين بأن المدعي قد استأجر تلك الدابة بخمسين درهماً ليركبها إلى دمشق وشهد الآخر بأن المدعي قد استأجر تلك الدابة ليركبها إلى دمشق وليحملها حملاً بخمسين درهماً فلا تقبل شهادتهما. كذلك لو شهد أحدهما بأنه استأجرها للركوب وشهد الآخر بأنه استأجرها للحمل فلا تقبل شهادتهما (الهندية).

ايضاح الاختلاف في مقدار بدل الرهن:

إذا كان المدعي راهناً وشهد احد الشاهدين بأن هذا المال قد رهن مقابل ماية درهم وشهد الآخر بأنه قد رهن مقابل خمسين درهماً فلا تقبل شهادتهما في القليل ولا في الكثير لأن مقصد الراهن اثبات عقد الرهن وليس استرداد الرهن أو الزام المرتهن بالمرهون إذ لا يقتدر الراهن على استرداد الرهن ما دام الدين باقياً ولا يكون ثمت فائدة من هذه الدعوى كما أنه لا تصح الدعوى حيث أن الرهن غير لازم بالنسبة للمرتهن فلا تصح بحقه دعوى الالزام بالرهن (الشبلي والهندية) أما إذا كان المدعي مرتهنا فحكم هذه الدعوى كدعوى دينه (الهندية) فعليه إذا ادعى المرتهن قائلاً: قد ارهنت مالك هذا لي بالف وخمسماية درهم وسلمته لي وقد قبضته وتسلمته منك ثم اخذته مني فاطلب استرداده فأنكر المدعى عليه الرهن فشهد أحد الشاهدين بان الرهن والتسليم وقعا على الف درهم وشهد الآخر بأنه وقع على ألف وخمسماية درهم فتقبل الشهادة ويثبت الاقل (الزيلعي والشبلي).

ويلزم في الشهادة على الرهن بيان الدين الذي هو مقابل له فلذلك إذا شهد الشهود على الرهن وكانوا لا يعلمون الدين الذي هو مقابل له فلا تصح شهادتهم (البهجة) ويلزم في الشهادة بالبيع تسمية الثمن وعليه فاذا لم يسم الشهود الثمن في شهادتهم على البيع فلاتصح، مثلا إذا ادعى المدعي قائلاً: قد اشتريت هذا المال من هذا الرجل باربعين ديناراً وشهد الشهود بأن المدعي قد اشترى ذلك المال من المدعى عليه فتكون شهادتهم باطلة؛ كذلك لو شهد الشهود بأن البائع قد أقر بالبيع ولم يسموا الثمن تبطل شهادتهم ما لم يشهدوا بأن البائع قد أقر بالبيع وباستيفاء الثمن فحينئذ لا تلزم تسمية الثمن.

كذلك لو ادعى ورثة المتوفي الحمام الذي تحت يد زوجة المتوفي أنه من تركة المتوفي فادعت الزوجة بأن المتوفي قد باعها وسلمها الحمام مقابل مطلوبها من ذمة المتوفي كذا ديناراً وشهد الشهود الذين أتوا ليشهدوا على دفع الزوجة بأن المتوفي قد أقر في حال صحته أنه باع ذلك الحمام لزوجته

المذكورة مقابل مطلوبها من ذمته وأن الحمام المذكور هو ملكها ولم يبينوا مقدار الدين يثبت الدفع (علي افندي والبهجة).

وقول المجلة في دعوى العقد احتراز من دعوى الدين فاذا لم يكن مقصد المدعي اثبات عقد كالبيع مثلاً بل كان الادعاء بثمن المبيع فتقبل الشهادة في حق الأقل، مثلاً لو ادعى المدعي قائلاً: قد بعت فرسي لهذا الرجل بعشرين ديناراً وسلمتها له فأطلب الحكم بثمنها وشهد أحد الشاهدين بأن الثمن عشرون ديناراً وشهد الآخر بأن الثمن خمسة عشر ديناراً فيحكم عند الامامين بخمسة عشر ديناراً (أبو السعود ومنلا مسكين). أنظر شرح المادة (١٧١٢).

ملحق

في حق الشهادة على الشهادة
ويحتوي على أربعة مباحث وخاتمة

المبحث الأول

في بيان سبب تجويز الشهادة على الشهادة

١ ـ قد جوزت الشهادة على الشهادة استحساناً والقياس عدم الجواز، لأن الشهادة عبادة بدنية يلزم على الاصل ايفاؤها ولا تجري في ذلك النيابة؛ ألا يرى أن الصلاة والعبادات الأخرى المفروضة على الإنسان لا يجوز لاخر أن يؤديها عن انسان وليست الشهادة حقاً للمشهود له ولهذا السبب لا تجري في ذلك الخصومة ولا يجوز الاجبار على الشهادة كما أن احتمال الكذب في الشهادة على الشهادة هو زائد لأن احتمال الكذب فيها هو في الأصول والفروع.

أما وجه الاستحسان هو أنه إذا لم تجوز الشهادة على الشهادة خوفاً من عجز الأصل عن ادائها لوفاته أو لوجوده في محل سفر بعيد يؤدي إلى ضياع الحقوق فلذلك قد جوزت شهادة الفروع وفروع الفروع إلى ما لا نهاية على الشهادة (الزيلعي) وحسب المادة (٢١) من المجلة (الضرورات تبيح المحذورات) إلّا أنه لما كان في ذلك شبهة البدل فلا تقبل في الأمور الساقطة في الشبهات (الدرر).

المبحث الثاني

في بيان شروط الشهادة على الشهادة وجوداً وعدما

٢ ـ يشترط وجود عذر في وقت اداء الشهادة مانع لحضور الأصل مجلس القاضي لأن الشهادة فرض على الاصل ولا يسقط الفرض إلّا بالعجز يعني أن الشهادة على الشهادة إنما تكون جائزة للضرورة والضرورة تتحقق عند وجود المانع (الولواجية والزيلعي).

وهذا العذر هو عبارة عن الأمور الآتية:

أولاً: المرض يعني أن يكون الشاهد الأصل مريضاً بصورة لا يكون معها قادراً على حضور مجلس القاضي.

ثانياً: البعد مسافة السفر. وبتعبير آخر أن يكون الشاهد الأصل في محل سفر بعيد وفي رواية عن أبي يوسف أنه يكفي بعد الشاهد عن حضور مجلس القاضي أن يكون بعيداً بدرجة لا يمكنه الذهاب إلى مجلس القاضي وأن يرجع ويبيت مع أهله وقد رجح أكثر المشايخ هذه الرواية وعليها الفتوى (البحر وأبو السعود).

ثالثاً: أن يكون الشاهد الأصل محبوساً وهو أنه إذا كان محبوساً وليس في اقتدار القاضي ترخيصه من محبس الوالي ليحضر مجلس القاضي ويشهد فتجوز الشهادة على الشهادة.

رابعاً: وفاة الأصل يعني إذا توفي الشاهد الأصل فللشاهد الفرع أن يشهد.

خامساً: أن يكون الأصل امرأة مخدرة وهي التي لا تختلط بالرجال ولو كانت تخرج من بيتها لرؤية مصالحها أو للاستحمام (أبو السعود والزيلعي) ويشترط وجود أحد هذه الأعذار وقت الأداء وليس وقت **الاشهاد** فلذلك لو شهد الشاهد الأصل ولو لم يكن معذوراً بعذر فيصح وللشاهد الفرع بعد حدوث العذر والمانع أن يوفي الشهادة (الولواجية).

٣ ـ يشترط أن يحمل الأصل الفرع الشهادة وأن يقبل الفرع أو يسكت لأن الشهادة على الشهادة تزيل ولاية الشهود الأصليين في حق تنفيذ قولهم على المشهود عليه وهي ضرر على الشاهد الأصل فتحتاج إلى إنابته والتحمل منه (الدرر).

وكيفية التحميل تبين في المبحث الرابع حتى أنه إذا اشهد الشاهد الأصل الفرع على هذا الوجه فرد الفرع بقوله: لا أقبل أو لا اشهد فليس لذلك الفرع أن يشهد من ذلك الأصل ولا تصح الشهادة على الشهادة بدون التحميل حتى أنه لو وجد حين إشهاد الأصل الفرع رجلان وسمعا ذلك من غير إشهاد فليس لهما أن يشهدا بشهادة الأصل (الولواجية في الفصل الخامس من الشهادات).

مستثنى ـ تصح في المسألة الآتية الذكر الشهادة على شهادة الغير بدون الإشهاد. وهي لو

سمع اثنان شاهداً يشهد في دعوى في حضور القاضي فلهما أن يشهدا بشهادة ذلك الشاهد ولو لم يُشهدا (الشرنبلالي) وهذه الشهادة تكون على مضمون الإعلام الذي نظمه القاضي.

٤ ـ يشترط أن يذكر الفرع حين شهادته تحميل الأصل له الشهادة فعليه لو قال الفرع: إنني شاهد على شهادة فلان بن فلان عندي بكذا ولم يذكر قول الشاهد فلا تقبل شهادته، كذلك إذا عين أحد حكمين في الدعوى التي أقامها على آخر واستمع الحكمان الدعوى والشهود وعزلا قبل الحكم وتوفي أحد الشهود وطلب المدعي استماع الحكمين شهوداً على شهادة الشهود فلا يصح وإذا شهدا لا تكون شهادتها مقبولة (الولوالجية).

٥ ـ يشترط أن تكون الشهادة على الشهادة في حقوق غير الحدود والقصاص ولو كانت وقفاً فلذلك لا تجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص لأنه توجد في هذه الشهادة شبهة البدل والحدود والقصاص تدرأ بالشبهات (الزيلعي).

٦ ـ يجب أن يكون الفرع الذي شهد عن كل أصل في نصاب الشهادة سواء كان ذلك الأصل رجلاً أو امرأة وفي ذلك إجماع (الولوالجية في الفصل السادس من الشهادات).

مثلاً لو كان الأصل رجلاً وامرأتين فكما أنه يجب أن يكون الفرع الذي شهد عن الرجل في نصاب الشهادة يجب أيضاً أن يكون الفرع الذي شهد عن المرأتين في نصاب الشهادة أي رجلان أو رجل وامرأتان ولا تقبل شهادة رجل عن امرأتين باعتبار أن المرأتين في مقام رجل واحد أو شهادة امرأتين فرع عن رجل أصل (الولوالجية في الفصل السادس).

٧ ـ يشترط تغاير الفرعية والأصالة فعليه لا تقبل شهادة أحد في حق مادة بحسب الفرعية والأصالة لأنه لو قبلت هذه الشهادة فيكون قد ثبت بشهادة شاهد واحد ثلاثة أرباع المشهود به حيث يثبت نصف المشهود به بشهادته حسب الأصالة ويثبت ربعه أيضاً بشهادته مع شاهد فرع آخر عن الشاهد الأصل الغائب والحال لا يجوز شرعاً أن يثبت بشهادة شاهد واحد ثلاثة أرباع المشهود به وليس في الشرع من نظير له (الولوالجية في الفصل السادس من الشهادات والزيلعي).

مثلاً لو شهد شاهد على عشرة دنانير فليس للشاهد المذكور مع شاهد آخر أن يشهد على شهادة شاهد الأصل ولا تثبت الدعوى بتلك الشهادة (رد المحتار).

٨ ـ يشترط أن تدوم أهلية شهود الأصل فلذلك إذا حمل الشاهد الأصل الشهادة للفرع وقبل أن يؤديها الشاهد الفرع سقط الشاهد الأصل من أهلية الشهادة بأحد الأسباب كالعمي والخرس أو الجنون أو الفسق فليس لشاهد الفرع أن يشهد بعد ذلك (الولوالجية في الفصل السادس من الشهادات).

٩ ـ لا يشترط تغاير الفرع الذي شهد على الأصل وعليه فالفرعان اللذان شهدا على شهادة أصل لهما أن يشهدا على شهادة أصل آخر. لأن شهادة كل أصل مشهود بها على حدة فلذلك إذا

شهد رجلان على شهادة أصل واحد على حسب شرائطها المخصوصة فلهما أن يشهدا شهادة أخرى على شهادة الأصل الآخر (الولوالجية) وقد وقع الإجماع على ذلك (الشبلي وأبو السعود).

مثلاً إذا شهد إثنان على شهادة شاهد بطريق الشهادة على الشهادة فللشاهدين المذكورين أن يشهدا على شهادة الشاهد الآخر بطريق الشهادة على الشهادة.

١٠ ـ لا يشترط اتحاد الشهود فرعاً أو أصلاً بناء عليه فكما يجوز أن يكون جميع الشهود أصلاً يجوز أن يكون جميعهم فرعاً أو أن يكون قسم منهم أصلاً وقسم منهم فرعاً.

مثلاً؛ إذا شهد شاهد في دعوى وشهد إثنان آخران في تلك الدعوى على شهادة الشاهد بطريق الشهادة على الشهادة يتم نصاب الشهادة (رد المحتار).

١١ ـ لا يشترط أن تكون الشهادة على الشهادة في درجة واحدة فلذلك تجوز الشهادة على الشهادة في الدرجات الثانية والثالثة الخ، وبتعبير آخر كما تجوز الشهادة على الشهادة تجوز أيضاً الشهادة على الشهادة على الشهادة (البهجة).

١٢ ـ لا يشترط أن يكون الشاهد الفرع عالماً بالمشهود عليه فإذا لم يكن الشاهد الفرع يعلم المشهود عليه فيجب على المدعي أن يثبت أن المشهود عليه هو فلان (منلامسكين والزيلعي).

١٣ ـ تجوز شهادة الابن على شهادة الأب، يعني أن يكون الأب شاهد أصل والابن شاهد فرع ولا تجوز شهادة الابن على حكم الأب؛ ووجه الفرق هو: أن الأب إذا قال بعد العزل: قد حكمت أثناء ما كنت قاضياً فلا تقبل أما إذا كان الأب حاضراً حين الشهادة وشهد بالذات فتقبل. ولذلك فالابن على هذا الوجه (الولوالجية في الفصل الرابع من الشهادات).

المبحث الثالث

في حق بطلان الشهادة على الشهادة

١٤ ـ إذا حدثت الأسباب الآتية قبل شهادة الفرع في حضور القاضي تبطل الشهادة على الشهادة.

أولاً ـ نهي الأصل الفرع عن الشهادة.

ثانياً: خروج الأصل عن أهلية الشهادة على الوجه المبين في المسألة الثانية.

ثالثاً ـ تكلم الأصل بأن الفرع **أخطأ** في الشهادة.

رابعاً ـ إنكار الأصل لشهادته[1].

---

(١) ومعنى المسألة أن يقول الأصل ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء شهود الفرع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة.

خامساً ـ حضور شهود الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع يعني أنه إذا لم يشهد الفرع بعد فليس له أن يشهد كما أنه لو شهد ولم يحكم القاضي بشهادته فليس للقاضي أن يحكم بتلك الشهادة بعد حدوث الأسباب المار ذكرها. أما إذا حكم القاضي بالشهادة ثم عرضت الأسباب المذكورة فلا يبطل الحكم السابق (مجمع الأنهر ولسان الحكام وابو السعود).

المبحث الرابع

في حق كيفية تحميل الشهادة على الشهادة وصورة أدائها

١٥ ـ يكون تحميل الشهادة بثلاثة أشياء واداؤها بخمسة أشياء وهي: ـ

صورة تحميل الأصل للفرع. تكون بقول شاهد الأصل إنني أشهد أن فلاناً بن فلان قد أقر أمامي أنه مدين لفلان بعشرة دنانير واشهد أنت على شهادتي (الولوالجية في الفصل السادس من الشهادات). انظر المسألة التالية. حتى أنه لو ذكر أحد شهادته لآخر على طريق الحكاية وقال له: اشهد ولم يقل له اشهد على شهادتي فلا يحصل التحميل أما عند أبي يوسف فيحصل التحميل بذلك، لأن معناه فاشهد على شهادتي (لسان الحكام).

صورة اداء الفرع. (تكون بقول شاهد الفرع أن فلاناً بن فلان بن فلان (كناية عن شاهد الأصل) قد شهد بأن هذا المدعى عليه قد أقر بأنه مدين لهذا المدعي بعشرة دنانير وقد أشهدني على شهادته المذكورة وإنني أشهد على شهادته المذكورة) (الولوالجية في الفصل السادس من الشهادات).

١٦ ـ يلزم ذكر شهود الفرع حين الشهادة أسماء آباء وأجداد شهود الأصل فلذلك لو شهد شهود الفرع بدون ذكرهم فلا تقبل لأنهم تحملوا مجازفة لا عن معرفة (الخلاصة في الشهادات).

١٧ ـ يلزم تزكية وتعديل شهود الفرع والأصل سراً وعلنا فلذلك لو حكم القاضي بشهادتهم بدون أن يزكيهم فلا ينفذ حكمه (علي أفندي وشرح الزيلعي).

الخاتمة

صورة إعلام بثبوت دين بناءً على الشهادة على الشهادة

١٨ ـ إن الشيخ محمد أفندي عواد من أهالي قرية الفالوجي التابعة قضاء غزة قدم دعواه في محضر السيد محمود أفندي أبي بكر وادعى عليه وقرر دعواه قائلاً: إنني في سنة ١٣٤٥ في غرة ربيع الآخر قد أقرضت وسلمت السيد محمود المذكور في دكاني الواقع في سوق قرية الفالوجي مبلغماية جنيه انجليزية وقد اقترض المذكور هذا المبلغ مني واستهلكه بصرفه إياه على أموره وإنني أطلب في

الحال من السيد محمود المذكور المبلغ المذكور طلبي من ذمته وأطلب سؤاله وتنبيهه من قبل الشرع على أداء وإيفاء المبلغ المذكور لي. ولدى سؤال السيد محمود المذكور أنكر دعوى المدعي فطلبت البينة من المدعي المومى إليه الشيخ محمد أفندي عواد فأجاب: أن شاهدي الأصل على ذلك هما الشيخ محمد أفندي سليم عواد والسيد حسين محمود شحاده المقيمان في مدينة نابلس وجلبهما إلى مجلس الشرع الشريف متعذر لسكناهما في المدينة المذكورة وأن شاهدي الفرع على لسان شاهدي الأصل المذكورين هما السيد حسين بن حسين مصطفى والسيد عبد القادر بن عبد الجواد قد حضرا لأجل الشهادة ولدى استشهادهما شهد المذكوران: أنه في الحقيقة أن كلا من الغائبين الشيخ محمد أفندي سليم عواد والسيد حسين محمود شحادة قد حملانا الشهادة بقولهما: إن المدعي الشيخ محمد أفندي عواد قد أقرض وسلم المدعى عليه السيد محمود المذكور في سنة ١٣٤٥ في غرة ربيع الآخر من ماله مائة جنيه انجليزية في دكانه الواقع في سوق الفالوجي في حضورنا وأن المدعىّ عليه قد اقترض وقبض ذلك المبلغ واستهلكه بصرفه على أموره وأنه مدين ديناً صحيحاً للشيخ محمد المذكور وإننا شاهدان على هذا الخصوص ونشهد بذلك إلا أننا لما كنا في مدينة نابلس البعيدة مدة السفر يتعذر ذهابنا إلى مدينة غزة لأجل الشهادة فلذلك كونا شاهدين على لساننا وأشهدا بذلك في محله؛ وقد تحملنا هذه الشهادة وقبلنا تحملها ونحن شاهدان بالخصوص المذكور ونشهد بذلك على لسان الغائبين المذكورين؛ وقد أدى كل منهما شهادته حسب شروط الشهادة على الشهادة المعتبرة وقد صار تزكية شاهدي الأصل أو شاهدي الفرع من أئمة محلاتهما ومختاريهما سراً وعلناً وفهم أنهما عادلان ومقبولا الشهادة فلذلك قد نبه على السيد محمود المذكور بأداء المائة جنيه الإنجليزية للمدعي الشيخ محمد أفندي عواد وقد كتب ما وقع بالطلب في كذا...

الفصل السادس

في حق تزكية الشهود

إذا طعن في الشهود من طرف الخصم فتجب تزكيتهم بالإجماع ويكون الحكم بدون التزكية غير صحيح أما إذا لم يطعن الخصم في الشهود فقد اختلف في لزوم التزكية، فعند الإمام لا حاجة لتزكية الشهود ويحكم بناء على عدالتهم الظاهرة. أما عند الإمامين فتجب تزكيتهم ولا يصح الحكم بدونها لأن القضاء يبنى على الحجة ولا تقع الحجة إلّا بشهادة العدول، والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للأستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة للقضاء عن البطلان ولإسناد الحكم للبرهان (الزيلعي).

وهذا الاختلاف في نظر بعض العلماء هو اختلاف عصر وزمان وليس اختلاف حجة وبرهان. أنظر شرح المادة (٩٦) لأن الإمام الأعظم قد وجد القرن الثالث وقد شهد الرسول صلى الله عليه وسلّم بصلاح أهل هذا القرن وقد غلب على أهله الصلاح. أما الإمامان فقد عاشا

في القرن الرابع وقد ازداد في عصرهما الفسق وعدم العدل وفسد الزمان فقالا بلزوم تزكية الشهود والمجلة أخذت بقولهما (علي أفندي والحموي والخيرية).

المادة (١٧١٦) - (إذا شهدت الشهود يسأل القاضي المشهود عليه بقوله: ما تقول في شهادة هؤلاء هل هم صادقون في شهادتهم أم لا فان قال المشهود عليه هم صادقون في شهادتهم هذه أو عدول يكون قد أقر بالمدعى به ويحكم بإقراره. وإن قال: هم شهود زور أو عدول ولكنهم أخطأوا في هذه الشهادة أو نسوا الواقع أو قال هم عدول وأنكر المدعى به فلا يحكم القاضي ويحقق عدالة الشهود من عدمها بالتزكية سراً وعلناً).

إذا شهدت الشهود في حضور القاضي يسأل بعد ذلك المشهود عليه بقوله؛ ما تقول في شهادة هؤلاء هل هم صادقون أو غير صادقين أو أن شهادتهم عليك بحق أو بغير حق (الشبلي) حتى يعلم سبب حكم القاضي لأنه حسب الفقرة الاتية إذا قال المشهود عليه: إن الشهود صادقون يكون سبب حكم القاضي الإقرار وإذا لم يقل المشهود عليه أن الشهود صادقون وصارت تزكية الشهود سراً وعلناً فيكون سبب الحكم الشهادة فعلى هذه الصورة يسأل المدعى عليه بعد دعوى المدعي مرتين المرة الأولى؛ يسأل عما يقوله في دعوى المدعي على الوجه المبين في المادة (١٨١٦) فيقال له هل للمدعي حق عندك حسب دعواه والمرة الثانية؛ إذا أجاب المدعى عليه على السؤال الأول بالإنكار وسمع شهود المدعي يسأل المدعى عليه ثانية حسب هذه الفقرة. أما إذا أجاب المدعى عليه على السؤال الأول بقوله: إن للمدعي الحق الذي ادعاه فيكون قد أقر بالمدعى به فلا يحتاج للشهود ويلزم المدعى عليه بإقراره كما أنه إذا أجاب على السؤال الثاني بقوله: إن الشهود صادقون في شهادتهم فيكون قد أقر أيضاً بالمدعى به فيلزم بإقراره أيضاً وعلى ذلك يكون حكم الجوابين متحداً.

أما إذا أجاب المدعى عليه على السؤال الأول بقوله: ليس للمدعي حق عندي فيطلب شهوداً من المدعي وإذا أجاب المدعى عليه على السؤال الثاني بقوله إن الشهود شهود زور فحينئذ تصير تزكية الشهود سراً وعلناً ويكون حكم الجواب التالي مخالفاً. فإن قال المشهود عليه هم صادقون في شهادتهم هذه أو عدول أو أن شهادتهم عليّ جائزة ومقبولة، أي إذا زكى المشهود عليه الشهود بهذه الأنواع الثلاثة من العبارات فيكون قد أقر بالمدعى به حتى لو قال المشهود عليه في حق أحد الشهود فقط أن هذا الشاهد عادل في شهادته وبتعبر آخر لو صدق المشهود عليه أحد الشهود يكون قد أقر بالمدعى به وعلى هذا لا تكون حاجة لتزكية وتعديل الشاهد الآخر (الولواجية في آداب القاضي).

وبهذه الصورة لا يحكم بالمدعىْ عليه بالبيّنة بل يحكم عليه ويلزم بإقراره. لأن إقامة البيّنة

والحكم بها إنما تكون على المنكر ولا يجوز إقامة البيّنة والحكم بها على المقر حتى أنه لو ثبت دعوى بالإقرار وبالبيّنة يعني لو أنكر المدعى عليه أولا دعوى المدعي فأقام المدعي الشهود وصارت تزكيتهم سراً وعلناً وحينما أراد القاضي إصدار الحكم أقر المدعى عليه يحكم القاضي بإقراره لأن الإقرار وإن كان حجة قاصرة فهو حجة غير محتاجة لحكم القاضي. ومع أن الكذب في الشهادة غير ممتنع عادة فالكذب بالإقرار ممتنع عادة فكان الإقرار من وجه أولى من البيّنة. والحاصل إنه إذا اجتمع في حادثة بيّنة وإقرار يحكم القاضي بالإقرار ولا يحكم بالبيّنة ما لم تمس الحاجة لبناء الحكم على البيّنة ففي تلك الحال يحكم القاضي بالبيّنة كما سيفصل ذلك في المادة (١٨١٧).

ويفهم بتعبير إذا شهدت الشهود بأن المدعى عليه إذا قال قبل شهادة الشهود أن ما يشهده على فلان وفلان صدق أو أن ما سيشهده على فلان وفلان حق فلا يكون قد أقر بالمشهود به فلذلك للمدعى عليه بعد شهادة أولئك الشهود أن يجرح الشهود المذكورين بقوله: انهم كاذبون في شهادتهم وفي هذه الحال يقتضي الأمر للتزكية ولا يعتبر رضاؤه السابق بشهادتهم لأن فيه تعليق لزوم الحق بشهادته والإلزامات لا يصح تعليقها بالشرط (علي أفندي).

قد عد التعديل بعد الشهادة إقراراً ولم يعد التعديل قبل الشهادة إقراراً، والفرق أنه إذا عدل المدعى عليه الشهود قبل الشهادة فيمكن الجمع بين التعديل والجرح وتأويلهما بأن يقول المشهود عليه: كان الشاهد عدلاً ولكن تبدل حاله وتبدل الحال ممكن أما بعد الشهادة فلا يمكن الجمع بين التعديل والجرح ففي هذه الصورة يكون التعديل معتبراً (الولوالجية في آداب القاضي).

وإن طعن في الشهود وقال هم شهود زور أي كاذبون أو لم يطعن وقال هم عدول ولكن أخطأوا في هذه الشهادة أو هم عدول ولكن قد نسوا الواقع أو لم يقل شيئاً بحق شهادتهم وقال إنهم عدول مع إنكاره المدعى به أو قال إنهم عدول ولم يقل شيئاً فلا يكون ذلك إقراراً لأن صدور الخطا والنسيان من الشهود جائز ولو كانوا عدولاً، وقول المشهود عليه عنهم أنهم عدول لا يفهم منه أن كلام الشاهد صواب ففي هذه الصورة لا يحكم القاضي بل يزكي الشهود أولاً سراً وثانياً علناً[1] على رأي الإمامين ويحقق عدالة الشهود وعدمها (أبو السعود والزيلعي والدرر) ومحل السؤال عند جهل القاضي بحالهم فلو عرفهم بفسق أو عدالة لا يسأل عنهم (أبو السعود).

شاهد زور ـ لو آذى أحد آخر قولاً أو فعلاً يعني لو قال له مثلاً: أنت فاسق أو خبيث أو سارق أو منافق أو شارب خمر أو زنديق أو مكمن اللصوص فيلزم تعزيز وتأديب القائل. أما إذا آذى المشهود عليه الشاهد بقوله: إنك شاهد زور فلا يجب تعزيره لأن هذا القول قد قيل في حضور القاضي على وجه الدعوى وعليه فلو لم يثبت المشهود عليه أن ذلك الشاهد شاهد زور فلا يعزر (الهندية) وأن قول المشهود عليه لشاهد أنك شاهد زور يسمى طعناً بالشاهد أما إذا قال المشهود عليه الألفاظ الأخرى الواردة في المجلة فلا يسمى ذلك طعناً بالشهود. (أو هم عدول) ألخ

(١) بفتح اللام مصدر لفعل العلن يقال علن الأمر أي ظهر واشتهر واسمه علانية.

ان هذا القول كما أنه لا يعد إقراراً بالمدعى به لا يقوم أيضاً مقام تعديل الشهود والحال لو أنه لو قال المزكون أن هذا الشاهد عدل فيكون قولهم هذا تعديلاً للشهود كما هو مذكور في المادة (١٧١٨) لأن المدعى عليه حسب زعم المدعي والشهود هو ظالم وكاذب لإنكاره المدعى به وتعديل وتزكية الظالم والكاذب غير صحيحة لأنه يلزم أن يكون المزكي عدلاً وصادقاً بالإجماع (الشبلي) أما إذا كان المدعى عليه من الأشخاص الذين يرجع إليهم في تزكية الشهود أي من الطائفة المذكورة في المادة (١٧١٧) وعدلاً وروجع في أمر التزكية فيصح تعديله وتزكيته (التنوير وشرحه وأبو السعود).

أما عند الإمام فإذا لم يطعن بالشهود فلا حاجة لتزكيتهم ويحكم بشهادتهم بناء على عدالتهم الظاهرة لأنها ثابتة ظاهراً والوصول إلى القطع واليقين في ذلك لا يمكن أيضاً بالتزكية لأن تزكية المزكي تكون مبيّنة على ظاهر حال الشاهد أي بانزجاره عن المحظورات الدينية وباجتهاده على الطاعات وهذه من الدلائل الظاهرة وليست قطعية حيث إن احتمال فساد اعتقاد الشاهد غير مفسد (سعدي الحلبي) وقد رجح في فتح القدير قول الإمام الأعظم. أما في المجلة فقد رجح قول الإمامين لأن المجلة قد بينت لزوم تزكية الشهود سواء طعن فيهم أو لم يطعن كما أن مشائخ الإسلام في الدولة العثمانية قد افتوا على هذا الوجه. وتلزم تزكية الشهود في مسألتين بالاتفاق:

١ - تجب تزكية الشهود الذين شهدوا على الحدود والقصاص ولو لم يطعن فيهم لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دائرة فيسأل عنها عسى أن يطلع ما يسقط به ذلك.

٢ - كذلك إذا طعن بالشهود تجب تزكيتهم (العناية).

سراً وعلناً ـ وسبب التزكية سراً وعلناً هو أنه إذا كانت الشهود غير عدول فيمكن ألا يقدر المزكي على الجرح علناً لبعض أسباب كخوف المزكي على نفسه فلذلك قد وضعت التزكية السرية حتى يكون المزكي قادراً على الجرح (أبو السعود) أما سبب التزكية العلنية فهو أنه يمكن أن يتخذ الشهود اسم ونسب وشهرة شخص آخر فيشهدون منتحلين أسماء وشهرة غيرهم وحيث إنهم قد انتحلوا أسماء أشخاص عادلين ومقبولي الشهادة فعند تزكيتهم السرية يظنهم المزكون أولئك الأشخاص الذين انتحلوا أسماءهم فدفعاً للاشتباه وجب إجراء التزكية العلنية (الولوالجية في آداب القاضي). (والتزكية العلنية لنفي تهمة شبهة تعديل غيره من القاضي لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافق في الاسم).

وقد قال بعض الفقهاء إن المفتى به الاكتفاء بالتزكية سراً فقط لأن التزكية العلنية هي بلاء وفتنة الّا أن المجلة قد بيّنت لزوم التزكية سراً وعلناً فإذا حكم القاضي بلا تزكية كان حكمه باطلاً. أنظر المادة (١٣٠٣) (والدرر والنتيجة والشبلي).

إذا تحققت عدالة الشهود بعد التزكية سراً وعلناً ينذر القاضي المدعى عليه بأنه سيحكم عليه

وإن كان له دفع أو شهود على الدفع فليحضرهم فإذا بين المدعى عليه بأنه ليس لديه دفع أو قال بأن له دفعاً ولم يبينه فيحكم القاضي بالشهادة المعدلة.

ويحقق عدالة الشهود وعدمها بالتزكية ألخ. لأنه قد ورد في الآية الكريمة «واشهدوا ذوي عدل منكم» فالشهادة تكون دليلاً وحجة إذا كان الشهود ذوي عدل فلذلك يقتضي تحقيق العدالة (الدرر).

وبتعبير آخر أن الحجة والشهادة هي خبر واحتمال الصدق والكذب فيها متساو فإذا تحقق عدالة الشهود يقوى احتمال الصدق فيها فتكون مداراً للحكم.

المادة (١٧١٧) - (تزكي الشهود من الجانب الذي ينسبون إليه يعني إن كانوا من طلبة العلوم يزكون من مدرس المدرسة التي يسكنون فيها ومن معتمد أهاليها، وإن كانوا جنوداً فمن ضابط الأورطة وكتابها، وإن كانوا من الكتبة فمن رئيس القلم ومما يليه من الكتاب وإن كانوا من التجار فمن معتبري التجار، وإن كانوا من أصحاب الحرف فمن رؤسائهم ونقاباتهم وإن كانوا من الصنوف الأخرى فمن معتمدي ومؤتمني أهالي محلتهم أو قريتهم).

ولو كان هؤلاء نساء فتزكي الشاهدة منهن؛ لأنه يجب أن يكون المزكون واقفين على أحوال الشهود ومهما كثر اختلاطهم بالشهود يكون وقفهم على أحوالهم أزيد فلذلك يجب على القاضي في خصوص تزكية الشهود أن يختار من كان خبيراً بأحوال الناس وكثير الاختلاط بهم.

ويشترط في المزكي بضعة شروط:

١ - أن يكون المزكي عدلاً وعارفاً بالأحوال الموجبة للجرح وعدمها وغير طماع وغير فقير حتى لا ينخدع بالمال (الزيلعي) ويزكي الغير المسلم من المسلم المتوفر فيه هذا الشرط (هامش البهجة).

٢ - ألّا يكون عداوة بين الشاهد وبين الجهة المنسوب إليها الشاهد فعليه إذا وجدت عداوة ظاهرة بين الشاهد وبين المزكي فلا يجوز سؤال ذلك المزكي عن أحوال الشاهد (الهندية).

٣ - يلزم عند بعض الفقهاء ألا يكون المزكي الشاهد الآخر فلذلك إذا شهد اثنان في دعوى وكان أحدهما معروفاً بالعدالة والآخر مجهولاً فإذا زكى الشاهد المعروف بالعدالة رفيقه الشاهد فلا تقبل لأن الشاهد متهم في تعديل الشاهد الآخر لاحتمال قصده من ذلك ترويج شهادته (الولوالجية في الفصل الثامن من الشهادات وأبو السعود عن البحر).

أما إذا لم توجد هذه الأوصاف في الجانب المنسوب إليه الشاهد فيعتبر بالشهود تواتر الاخبار (الزيلعي).

فمن معتمدي ومؤتمني أهالي محلتهم أو قريتهم - ولو كانوا اناثاً فلذلك يجوز أن تكون المرأة

التي لها اختلاط بالناس مزكية تصح تزكيتها سراً لزوجها أو لغيره لأن التزكية دينية ويتساوى في ذلك الرجل والمرأة. وحتى أنه إذا كان الشاهد امرأة فتزكيتها من جانب النساء أولى. لأنه لا يعلم حقيقة أحوال النساء اللاتي يقبعن في بيوتهن سوى النساء، فعلى هذه الصورة إذا زكيت الشاهدة من النساء يصير الوقوف على أحوال الشاهدة أكثر من الوقوف على أحوالها فيما إذا صارت تزكيتها من طرف الرجال (الولوالجية). ولا يعتبر تعديل المرأة التي لا تختلط بالرجل وبالناس حيث لا تكون عالمة بأحوال الناس(الولوالجية والهندية والطحطاوي).

تزكية غريب الديار - إذا كان الشاهد غريب الديار اي مسافراً فيسأل القاضي الشاهد من يعرفه هنا فاذا بين اشخاصاً يعرفونه فان كان اولئك من الناس الذين تجوز التزكية منهم فيزكيه القاضي منهم وإذا كان لا يعرفه احد أو كان من يعرفه مما لا تجوز التزكية منهم فينظر فاذا كان الشاهد من محل خارج عن ولاية ذلك القاضي فيزكيه من قاض محله (الهندية).

مستثنى - إذا تراضى المدعي والمدعى عليه واتفقا على قبول تزكية رجل معين وزكى ذلك الرجل الشهود فتجوز التزكية بالاجماع لأن اشتراط الشيخين العدد في المزكين هو في حالة عدم وجود الرضاء من الخصم، أما عند وجود الرضاء فتجوز تزكية وتعديل المزكي الواحد (الولوالجية).

المادة (١٧١٨) - (التزكية السرية تجري بورقة يعبر عنها بالمستورة في اصطلاح الفقهاء والقاضي يكتب في تلك الورقة اسم المدعي والمدعى عليه والمدعى به واسم الشهود وشهرتهم وصنعتهم وأشكالهم ومحلهم وأسماء آبائهم واجدادهم وإذا كانوا معروفين يحرر اسماءهم وشهرتهم فقط، والحاصل أن يعرفهم ويبينهم بوجه يميزون به عن غيرهم وبعد وضعها في غلاف وختمه يرسلها إلى المنتخبين للتزكية ثم عند وصول المستورة إلى المزكين يفتحونها ويقرأونها فين كان الشهود المحررة أسماؤهم فيها عدولاً كتبوا تحت اسم كل منهم عبارة عدول ومقبولو الشهادة. وان لم يكونوا عدولاً كتبوا عبارة ليسوا بعدول ووقعوا امضاءآتهم وختموا فوق الغلاف واعادوها للقاضي بدون أن يطلعوا من اتي بالمستورة ولا غيره على مضمونها).

التزكية السرية تجري بورقة يعبر عنها بالمستورة في اصطلاح الفقهاء وقد سميت مستورة لكونها سترت عن اعين الناس، وقد احدث التزكية السرية القاضي شيح الذي خدم القضاء سبعين عاماً افتح العلماء بذلك وقد قيل له احدثت يا أبا أمية فأجاب احدثتم فاحدثت (الشبلي) فيكتب القاضي في تلك الورقة اسم المدعي والمدعى عليه والمدعى به واسم الشهود وصنعتهم وأشكالهم ومحلهم وأسماء ابائهم واجدادهم وأسماءهم وشهرتهم فقط ان كانوا مشهورين والحاصل أن يعرفهم

بوجه يميزون به عن غيرهم، ومنعاً للحيلة والفساد والخدعة يضع تلك الورقة في داخل غلاف ويختمها ويرسلها إلى المنتخبين للتزكية ويجب على المدعي أن يؤدي أجرة الموظف الذي يذهب بها إلى محل بعيد للتزكية وعند ورودها إلى المزكين يفتحونها ويقرأونها فان كان الشهود المحررة اسماؤهم فيها عدولاً كتبوا تحت اسم كل منهم، عبارة أنه عدل ومقبول الشهادة، أو عدل وجائز الشهادة أو عبارة أن هؤلاء الشهود عدول عندي ومرضيو الشهادة أو لا نعرف عن هؤلاء الشهود سوى الخير. وان لم يكونوا عدولاً كتبوا عبارة ليسوا بعدول وأمضوا وختموا الغلاف واعادوها للقاضي دون أن يطلعوا على مضمونها من اتى بالمستورة أو غيره حتى لا يلحق ضرر بالمزكين أو الجارحين وعليهم إذا علموا بعدالة الشهود ألا يتراخوا عن الاخبار بعدالتهم لأن السؤال من المزكين هو لاحياء الحق فما دام أن احياء الحق متوقف على بياناتهم فيجب عليهم الاخبار بعدالة الشهود بحق (الولوالجية).

أما إذا كتب المزكي تحت اسماء الشهود عبارة لا بأس بهم فلا يكون تعديلاً لهم (الولوالجية في الباب الثامن من الشهادات والبحر).

فان كان الشهود عدولاً ـ أما إذا لم يكونوا عدولاً أو كان المزكون غير عالمين بأحوالهم فيجب على المزكين ألا يعدلوهم لأن السؤال الواقع هو لاجل أن يعلم هل أن الشاهد عدل أو غير عدل فاذا كان المزكي لا يعلم حال الشاهد فيكون اخباره عن جهل فلذلك يجب على المزكي التوقي من ذلك.

ومعنى العدالة قد مر ذكره في المادة (١٧٠٥) وعدالة الشاهد المسيحي تكون إذا كان أميناً على دينه وعلى لسانه وعلى يده وكان صاحب قريحة لأن الكذب محرم في كافة الاديان؛ فالمسيحي الذي يكون متصفاً بالامانة فالظاهر أنه لا يرتكب الكذب والخيانة وهو عدل ظاهراً (الولوالجية في الفصل الثامن من الشهادات).

وان لزم تزكية الشهود إلّا أنه لا يلزم تزكية المزكين، يعني أن يكون المزكون معتمدين وامناء إلّا انه يكفي في ذلك ظاهر الحال ولا يجب على القاضي أن يحقق سرائر هؤلاء بل يظن الخير فيهم نظراً لظاهر حالهم لأنه إذا اراد القاضي الاشتغال بذلك فيضيق الأمر (الولوالجية في الفصل الثامن من الشهادات).

اذا كتب المزكون عن الشاهد أنه عدل ومقبول الشهادة فتحصل التزكية بالاتفاق. أما إذا كتب المزكون كلمة عدل فقط ولم يذكروا عبارة مقبول الشهادة فقد اختلف في ذلك فعند بعض العلماء يحصل التعديل والتزكية بذلك اللفظ وقد قال الزيلعي أيضاً بذلك؛ وقال بعضهم الآخر بأنه لا تحصل التزكية بذلك اللفظ وقد قال السرخسي والبحر بذلك لأنه إذا كان الشاهد عدلاً لا يلزم كونه مقبول الشهادة حيث أن العبد المحدود بالقذف يكون عدلاً بعد التوبة إلّا أن شهادته غير مقبولة (ابو السعود والزيلعي) وقد ذكرت المجلة في هذه المادة المسألة الاتفاقية إلّا أنها لم تذكر شيئاً يدل على ترجيحها احد القولين في المسألة الاختلافية أما إذا كتب المزكون عبارة مقبول الشهادة فقط فهل

تحصل التزكية؟ والحاصل أن في ذلك ثلاث صور:

١ ـ أن يكتب عن الشاهد أنه عدل ومقبول الشهادة، وهذا تعديل بالاتفاق.

٢ ـ أن يكتب عنه أنه عدل فقط فهو على قول تعديل وعلى قول آخر غير تعديل.

٣ ـ أن يكتب أنه مقبول الشهادة وحكم ذلك محتاج للتحري.

المادة (١٧١٩) ـ (إذا أعيدت المستورة مختومة إلى القاضي ولم يكتب فيها من قبل المزكين في حق الشهود بأنهم عدول ومقبولو الشهادة بل كتبوا فيها كلاماً يفيد الجرح صراحة أو دلالة بأن كتبوا فيها عبارة ليسوا بعدول أو لا نعلم بحالهم أو مجهولو الأحوال أو الله أعلم أو لم يكتبوا فيها شيئاً فحينئذ لايقبل القاضي شهادتهم وان كتب فيها عدول ومقبولو الشهادة، يبادر القاضي بالمرتبة الثانية إلى التزكية علناً)

إذا اعيدت المستورة مختومة إلى الحاكم ولم يكتب فيها من قبل المزكين في حق الشهود بأنهم عدول ومقبولو الشهادة بل كتبوا فيها كلاماً يفيد الجرح صراحة أو دلالة بأن كتبوا فيها ليسوا بعدول، أو لا نعلم بحالهم، أو مستورو الحال أو مجهولوا الأحوال، أو الله أعلم، أو لم يكتبوا فيها شيئاً بأن فتح المزكون الغلاف وبعد الاطلاع على مآلها وضعوها في الغلاف ثانية وأعادوها إلى القاضي ويطلق على ذلك سكوت المزكي فحينئذ لا يقبل القاضي شهاداتهم ولا يشتغل بالتزكية علناً ولا يحكم بناء على هذا الجرح، لأن الشهود شهود زور فلذلك لا يستحق الشاهد عقاب التشهير والتعزير على الوجه المبين في المادة (١٧٣٠) وقد عد ذلك السكوت جرحاً لأن المزكي لو كان يعلم عدالة الشاهد فلا يسكت بل كان يخبر بعدالة الشاهد فما دام أنه سكت فقد عد سكوته جرحاً أنظر المادة (٦٧) (الولوالجية في الفصل التاسع من الشهادات).

التوقي من هتك العرض: إذا كان الشهود غير عدول فللمزكين الحق بأن يكتبوا لهم غير عدول ولكن احترازاً من هتك العرض وتوقياً من تبيان خصالهم الذميمة فالاولى عدم كتابة شيء أو كتابة الله أعلم بأحوالهم، واعادة المستورة لأن العالم بحقائق وأسرار العالم هو الحق عز وجل عالم الغيب والشهادة ومن المحرم هتك الناموس[1] وتقع العداوة بين المزكين والشهود (الولوالجية ورد المحتار).

أما إذا كان الشاهد غير عدل وخاف المزكي من تزكيته من طرف آخر ومن حكم القاضي بناء على شهادته فله أن يصرح بفسقه (الشرنبلالي).

(١) ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم، ويل لكل همزة لمزة والهمز الكسر واللمز الطعن شاعا في الكسر من أعراض الناس فهو الطعن فيهم (ابو السعود ملخصاً).

وعلى ذلك لا يقول القاضي للمدعي بأن شهودك قد جرحوا منعاً لاخلال عرض الشهود ولعدم اضرار المزكين الذين جرحوا الشهود بل يقول له ان كان لديك شهود آخرون فأحضرهم.

تزكية الشهود من طرف آخر بعد الجرح - إذا جرح المزكون الشهود وقال المشهود له انني احضر بعض اناس من اهل الثقة والأمانة تزكيهم أو قال للقاضي اسأل عن أحوال شهودي من فلان يقبل القاضي ذلك فاذا كان من سماهم المشهود له من أهل التزكية وزكى هؤلاء الشهود فيسأل القاضي المزكين الذين جرحوا الشهود عن سبب جرحهم الشهود فاذا كان السبب الذي بينوه للجرح سبباً مشروعاً، يعني موجباً لرد الشهادة فيقبل القاضي جرحهم ويرد التزكية الثانية وأما إذا لم يكن السبب الذي بينوه للجرح سبباً مشروعاً أي سبباً موجباً لرد الشهادة فيقبل التزكية الثانية (الهندية).

وان كتب فيها عدول ومقبولوا الشهادة يبادر القاضي للمرتبة الثانية إلى التزكية علناً، أما إذا كان الشاهد عدلاً ومقبول الشهادة في نظر المزكي إلّا أنه يعلم أن دعوى المدعي باطلة أو أن الشهود متوهمون في بعض الشهادة فاللائق بالمزكي أن يخبر القاضي بذلك بأن يقول: ان الشهود عدول ومقبولو الشهادة إلّا أن المدعي مبطل في دعواه أو أن الشهود متوهمون في قسم من شهاداتهم وعلى ذلك يفحص القاضي هذا الخبر بزيادة فاذا تبين له صحته يرد القاضي الشهود وإلّا فيقبلهم (الهندية).

المادة (١٧٢٠) - (التزكية علناً تجري على الوجه الآتي: وهو أنه يجلب المزكون إلى حضور القاضي حال حضور المترافعين وتزكي الشهود أو يرسل الشهود والمترافعان مع نائب التزكية إلى محل المزكين وتزكي الشهود علناً).

التزكية علناً تجري على الوجه الآتي وهو أنه يجلب المزكون إلى حضور القاضي حال حضور المترافعين والشهود وتزكي الشهود وتكون التزكية على الوجه الآتي يسأل القاضي المزكين هل هؤلاء الشهود الذين تزكون هم الذين تزكونهم أو هل هم عدول ومقبولو الشهادة حتى يتحقق أن الشهود الذين تزكوا سراً هم هؤلاء الشهود، لانه يكون رجلان في اسم ونسب واحد (العناية والهندية) ويفهم من الإيضاحات الآنفة أنه يلزم حضور الشهود اثناء التزكية العلنية اذ ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة أو يرسل الشهود والمترافعان مع نائب التزكية إلى محل المزكين وتزكي الشهود علناً ويكفي عند الشيخين أن يكون نائب التزكية واحداً أما عند محمد فيجب أن يكون اثنين (الزيلعي والشبلي)

وحيث قد ورد هنا كلمة نائب بصيغة المفرد فيفهم من ذلك انه قد اختير قول الشيخين.

التغاير بين المزكين سراً وعلناً - قد ذكر الخصاف بانه يشترط أن يكون المزكي سراً غير المزكي علناً أما عندنا فيجوز أن يزكي المزكون سراً الشهود علناً (تكملة رد المحتار والشبلي).

أوصاف المزكين وشروطهم - قد ذكر في شرح المادة (١٧١٨) بأنه يجب على المزكين أن يجتنبوا

تزكية الشهود إذا لم يكونوا واقفين تمام الوقوف على أحوالهم حتى أن الامام محمد قال: انني لا اقبل تزكية أناس ممن اقبل شهاداتهم يعني أن الشهادة مبنية على الظواهر أما التعديل فليس كذلك كذا في الملتقط، فلذلك تلزم في التزكية شروط عديدة: .

١ ـ أن تكون الشهادة عند قاضٍ عادل.

٢ ـ أن يكون المزكي عالماً بأحوال الشاهد ومختبراً إياه بسفره معه أو بمشاركته له أو بمعاملته له بصورة أخرى.

٣ ـ إذا كان الشاهد مسلماً أن يكون المزكي عالماً عنه أنه ملازم على أداء الصلاة مع الجماعة وفي الجوامع والمساجد.

٤ ـ أن يكون الشاهد معروفاً بصحة المعاملة في درهمه وديناره أي في بيعه وشرائه .

٥ ـ أن يكون مؤدياً للامانات.

٦ ـ أن يكون صدوق اللسان.

٧ ـ أن يكون مجتنباً للكبائر وغير مصر على الصغائر ومحترزاً من الأفعال المخلة بالمروءة، فلذلك ليس للمزكي أن يزكي أحداً سكن محلته من وقت قريب وتعارف به من مدة وجيزة أنظر شرح المادة(١٧١٧).

المادة(١٧٢١)ـ (يكفي في التزكية السرية مزك واحد ألا أنه رعاية للاحتياط يجب أن لا يكون المزكي أقل من اثنين والتزكية سراً ليست من قبيل الشهادة فلذلك يكفي في الخصوص المذكور مزك عادل واحد عند الشيخين وبه قال مالك وأحمد ولو كان ذلك المزكي محدوداً بالقذف إلا أنه رعاية للاحتياط يجب أن لا يكون المزكي أقل من اثنين عادلين، لأنه يحصل اطمئنان أكثر إذا كان المزكون اثنين (أبو السعود) وكفاية مزك واحد هو لأن التزكية من الأمور الدينية ويتحرى فيها العدالة فقط ولذلك يجوز أن يكون العبد والمحدود في القذف مزكياً لأن خبر هؤلاء مقبول في الأمور الدينية (الدرر).

ولذلك تجوز تزكية من لا تجوز شهادته كالأصول والفروع والصبي المميز والأعمى واحد الزوجين في حق الآخر.

مثلاً تصح تزكية الأب لولده وتزكية الصبي المميز والاعمى وتزكية الزوجة لزوجها الشاهد وتزكية الزوج للزوجة الشاهدة (رد المحتار والهندية) ولذلك لا تشترط أيضاً في التزكية السرية لفظ الشهادة ومجلس القضاء، أما عند الإمام الثالث فيجب أن لا يكون المزكي أقل من اثنين وقد قال بذلك الشافعي وعلى رواية الإمام أحمد (الشبلي).

المادة (١٧٢٢) - (التزكية العلنية من قبيل الشهادة وتعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ولكن لا يلزم على المزكين ذكر لفظ الشهادة).

التزكية العلنية من قبيل الشهادة وتعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ولذلك يشترط في المزكي علناً العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصر وأن يكون غير محدود بالقذف (منلا مسكين).

بما أن خصوص التزكية العلنية غير منحصر بالمزكي سراً فلا يرد على ذلك السؤالين الآتيين:

الأول: ان شرط أن يكون المزكي علناً في نصاب الشهادة ينافي الاكتفاء بواحد في التزكية السرية أنظر شرح المادة الآنفة (العناية).

الثاني: بما أن من الجائز التزكية السرية من الذين لا يجوز شهادتهم فلا يجوز تحري شروط الشهادة في المزكي علناً.

ولكن لا يلزم على المزكين ذكر لفظ الشهادة مع كونه يشترط في المادة (١٦٨٩) أن يذكر لفظ الشهادة في الشهادة.

المادة (١٧٢٣) (لا يشتغل القاضي بتزكية الشهود الثابتة عدالتهم في ضمن خصوص عنده إذا شهدوا بخصوص آخر في حضور ذلك القاضي إن لم يمض عليها ستة أشهر وان كان مضى عليها ستة أشهر زكاهم القاضي أيضاً مرة أخرى).

لا يشتغل القاضي بتزكية الشهود الثابتة عدالتهم في ضمن خصوص عنده إذا شهدوا بخصوص آخر في حضور ذلك للقاضي إن لم يمض عليها ستة أشهر من الشهور العربية وهذا على رأي الإمام ابي يوسف الأخير، لأن الظاهر هو عدم زوال عدالة الشاهد في تلك المدة وان كان مضى عليها ستة أشهر فلا يكتفي بالتزكية الأولى فيزكيهم القاضي سراً وعلناً مرة أخرى (الولوالجية والشبلي).

المادة (١٧٢٤)-(إذا طعن المشهود عليه قبل التزكية أو بعدها في الشهود باسناد شيء مانع لقبول الشهادة كدفع مغرم أو جر مغنم طلب منه القاضي البينة فإذا أثبت المشهود عليه ذلك بالبينة رد القاضي شهادة أولئك الشهود وإذا لم يثبت يزكيهم القاضي إذا لم يزكوا قبلاً وإذا كانوا قد زكوا يحكم بموجب شهادتهم).

للمشهود عليه أن يطعن بالشهود أو أن يجرحهم، والطعن عبارة عن اظهار شيء يخل بالشهادة حال كون الشاهد عدلاً وتوضيح الطعن هو:

إذا طعن المشهود عليه قبل التزكية أو بعدها في الشهود باسناد شيء مانع لقبول الشهادة كدفع مغرم أو جر مغنم كما هو موضح في المادة (١٧٠٠) وشرحها وانكر المشهود له هذا الطعن طلب القاضي من المشهود عليه الطاعن البينة ولا يكلف المشهود له بإثبات عكس الطعن، مثلاً إذا طعن المشهود عليه بأن الشاهد هو ولد المدعي وأنكر المشهود له ذلك فيجب على المشهود عليه إثبات ذلك ولا يقال للمشهود له أن أثبت أن هذا الشاهد ليس بولدك بل هو ولد شخص آخر.

مستثنى - ويستثنى من هذه الفقرة المسألة الآتية: إذا طعن المشهود عليه بقوله أن هؤلاء الشهود عبيد فيكلف المشهود له أن يثبت حرية الشهود ولا يكلف المشهود عليه بأن يثبت رقهم (الحموي) وعلى هذا التقدير للشهود أيضاً أن يثبتوا أنهم احرار (رد المحتار).

وإذا أثبت المشهود عليه بعد إنكار المشهود له طعنه هذا بالبيّنة يرد القاضي شهادة أولئك الشهود أنظر المادة (١٧٠٠)

مثلاً إذا ادعى المشهود عليه بأن الشهود محدودون في القذف تطلب البيّنة من المشهود عليه لأن شروط القبول ظاهرة والمشهود عليه يدعي خلاف الظاهر فلا يقبل قوله بلا بيّنة (الولوالجية في الفصل التاسع من الشهادات).

وإذا لم يثبت المشهود عليه طعنه يزكي القاضي الشهود إذا لم يزكوا قبلاً وإذا كانوا قد زكوا يحكم بموجب شهادتهم. أما إذا أقرّ المشهود له بالطعن فيثبت الطعن وتكون الشهادة مردودة كما أنه إذا أنكر الطعن وأثبته المشهود عليه بالبيّنة فيثبت الطعن أيضاً وتكون الشهادة غير مقبولة وإذا لم يستطع الإثبات فلا يلزم على الشهود اليمين في بعض مسائل الطعن.

مثلاً إذا ادعى المشهود عليه قائلاً إن هؤلاء الشهود قد أقروا بأن هذا المدعى به ملكي فإذا أقر الشهود بذلك أو أثبت المشهود عليه إقرارهم فترد شهادتهم، أما إذا أنكر الشهود الإقرار فلا يحلفون (رد المحتار).

ولكن هل يلزم المشهود له اليمين، مثلاً لو قال المشهود عليه أن هذا الشاهد هو ابن المدعي أو أنه شريك في المدعى به ولم يستطع الإثبات فهل له أن يحلف المدعي على كون الشاهد لم يكن ابنه أو شريكه؟

كدفع، ويفهم من كاف التشبيه في لفظ كدفع بأن الطعن غير منحصر في دفع المغرم أو جر المغنم وأنه يجوز الطعن بوجوه أخرى وهي كما يأتي:

أولاً: إن المشهود عليه بقوله. إن هذا الشاهد قد ادعى المدعى به لنفسه فعليه لو شهد اثنان أن هذا الغرس للمدعي وطعن فيهم المشهود عليه قائلاً: إن هذين الشاهدين قد ادعيا أن هذا الغرس لهما وأقام البيّنة على هذا الطعن فتقبل بيّنته وترد شهادة شاهدي المدعي (الخانية)

ثانياً: أن يطعن المشهود عليه بقوله: إن هذا الشاهد قد استشرى مني قبلاً هذا المدعى به أو

استشراه من فلان.

ثالثاً: أن يطعن المشهود عليه بقوله: إن هذا الشاهد قد أقر قبلاً: إن هذا المال هو ملك لفلان الآخر (الفيضية).

رابعاً: أن يطعن المشهود عليه بقوله: إن هذا الشاهد قد أقر قبلاً أن هذا المدعى به هو ملكي (رد المحتار).

خامساً: أن يطعن المشهود عليه بقوله: ان هؤلاء الشهود فسقة أو شهود زور، أو أن المشهود له قد أقر بأنه قد استأجر أولئك للشهادة (التنوير).

فلذلك إذا أثبتَ المشهود عليه بالبيّنة طعنه هذا تبطل الشهادة الواردة بحقه (ابن نجيم والمجموعة الجديدة والبحر والزيلعي وأبو السعود).

سادساً: أن يطعن المشهود عليه بأن الشهود لم يكونوا حاضري مجلس الحق.

مثلاً؛ لو شهد اثنان بأن هذا المدعي قد أقرض هذا المدعى عليه عشرة دنانير وسلمها له في المحل الفلاني فطعن المشهود عليه بأن الشاهدين المذكورين لم يكونا في المحل المذكور وأنهما قد أقرا بذلك (رد المحتار).

سابعاً: أن يطعن المشهود عليه بأن الشهود أرقاء.

ثامناً: - أن يطعن المشهود عليه بأن الشهود محدودون في القذف أو أنهم أولاد المدعي أو آباؤه (التنوير والدرر).

تاسعاً: أن يطعن المشهود عليه بقوله: إن الشهود والمدعي شركاء معاً شركة مفاوضة فإذا صدر عليّ حكم بناء على هذه الدعوى الباطلة والشهادة الكاذبة فسيكون المحكوم به مشتركاً بينهم بموجب عقد المفاوضة فإذا كان المدعى به من الأموال التي تصح فيها الشركة يصح هذا الطعن أما إذا كان من الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعقار والطعام وكسوة الأهل والعيال فلا يصح هذا الطعن (التنوير وشرحه).

عاشراً: أن يطعن المشهود عليه بأن شهادة الشهود كانت بإكراه معتبر ففي هذه الصورة، إذا أثبت المشهود عليه بأن الشهادة وقعت بالإكراه المعتبر وأثبت المشهود له أنها وقعت طوعاً فترجح بيّنة الإكراه (ابن نجيم).

ولنوضح الآن جرح الشهود:

الجرح، عبارة عن إظهار الشيء الذي يخل عدالة الشاهد ويظهر فسقه وهو على قسمين:

القسم الأول - الجرح المجرد الذي لا يتضمن حق الله تعالى أو حق العبد (أبو السعود) كقول المشهود عليه بأن الشهود من الفساق أو أن عادتهم أكل الرباء أو أنهم يشهدون الزور أو أنهم

يقبضون النقود في مقابل الشهادة أو أنهم قد أقروا بأن المدعي مبطل في دعواه أو أنهم لا شهادة عندهم على المدعى عليه في هذه الدعوى، كذلك لو قال المشهود عليه بأن الشهود قد اعتادوا الزنا أو شرب الخمر فيكون قوله هذا جرحاً مجرداً ولا يثبت بهذا القدر الحد الشرعي.

حكم الجرح المجرد؛ إذا أخبر الخصم المشهود عليه القاضي سراً بالجرح المجرد وأثبته سراً وأقام الشهود على ذلك فيقبل القاضي هذا الإثبات ويرد شهادة الشهود سواء قبل التعديل والتزكية أنظر المادة (١٧٢٥) أو بعدها. أما إذا أخبر علناً وأراد إثبات ذلك بالشهود فعلى قول لا يقبل هذا الجرح لا قبل التعديل والتزكية ولا بعدها لأن الفسق المجرد لا يدخل تحت الحكم إذ ان فسق الفاسق يرتفع بالتوبة فعلى ذلك يكون من المحتمل ارتفاع الفسق في مجلس الحكم أو قبل ذلك وزيادة على ذلك يوجب هتك الأسرار وإشاعة الفاحشة بسبب الجرح وإقامة الشهود على ذلك وهذا محرم بلا ضرورة وليس في ذلك ضرورة. لأن للمشهود عليه أن يخبر ذلك سراً للقاضي وأن يثبته ويرد شهادة الشهود، أما إذا كان الجرح غير مجرد فيجوز إثباته بالشهود لضرورة أحياء الحقوق ويدخل هذا الجرح تحت الحكم ويقبل هذا الجرح على قول ولو كان من شخص واحد قبل التعديل والتزكية لأن الدفع أسهل من الرفع، وبتعبير آخر أن الجرح المجرد يوجب رفع الشهادة قبل ثبوتها ووقوعه بعد التعديل يقتضي رفعها بعد الثبوت (أبو السعود) ولا يقبل بعد التعديل والتزكية، لأنه في هذه الصورة يكون من شهدوا على الجرح المجرد فساقاً بإظهارهم الفاحشة.

القسم الثاني - الجرح المركب الذي يتضمن حق الله تعالى أو حق العبد

أمثلة على الجرح المتضمن حق الله:

١ - أن يطعن المشهود عليه بقوله: إن هؤلاء الشهود قد سرقوا كذا ديناراً أمس مني

٢ - أن يطعن المشهود عليه قائلاً: إن هؤلاء الشهود قد قتلوا نفساً عمداً

أمثلة على الجرح المتضمن حق العبد:

١ - قول المشهود عليه: إن المشهود له قد استأجر هؤلاء الشهود للشهادة وقد دفع لهم كذا درهماً من وديعتي التي تحت يده فهذه الدعوى صحيحة لأنه في حال ثبوت ذلك يحكم برد المال للمشهود عليه أما إذا لم يقل إنه أدى ذلك من مالي فلا يقبل هذا الجرح لأن المشهود عليه يكون في هذه الحال مدعياً الاستئجار لغيره وليس له أية ولاية في تلك الدعوى (أبو السعود).

٢ - قول المشهود عليه: إنني أديت لهؤلاء الشهود كذا مبلغاً بدل صلح أي رشوة حتى لا يشهدوا علي وحيث إنهم شهدوا علي فليعيدوا المبلغ المذكور لي. أما إذا قال المشهود عليه أنني لم أؤد بدل الصلح ثمت للشهود، ففي هذه الصورة لا يقبل الجرح. لأنه يكون دعوى الجرح المجرد وهو غير صحيح (الزيلعي).

والجرح المذكور في هاتين المسألتين هو الجرح المركب فإذا أثبت المشهود عليه الجرح المذكور يسترد دراهمه كما أن الشهادة ترد في تلك الحادثة وكذلك في الحوادث الأخرى ما لم يظهر بعد ذلك

توبة ذلك الشاهد ففي تلك الصورة تقبل شهادته في الحوادث الأخرى (ابن نجيم) لقوله تعالى ﴿وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات﴾.

حكم الجرح المركب: إذا بيّن المشهود عليه هذا القسم من الجرح وأثبته بإقامة البيّنة ترد الشهادة أما إذا لم يثبت ففي بعض المسائل وهي الجرح الذي يتضمن حق العبد يتوجه على الشهود اليمين مثلاً، إذا ادعى المشهود عليه قائلاً: قد أديت لكل واحد من هؤلاء الشهود خمسة دنانير كيلا يشهدوا كذباً وحيث قد شهدوا فاطلب منهم أن يعيدوا لي الخمسة دنانير أو مثلها فإذا أقرّ الشهود بذلك فترد شهاداتهم وإذا أنكروا تطلب البيّنة من المشهود عليه فإذا أثبت ذلك بالبيّنة وصار تعديل تلك البيّنة وتزكيتها فترد شهادة أولئك الشهود ويسترد المبلغ منهم وعلى ذلك فقبول بيّنة المدعى عليه لرد الشهادة لا يوجب أن يكون الشهود شهود زور حتى أنه لا تعزر الشهود (أبو السعود قبيل كتاب الرجوع عن الشهادات).

وإذا لم يثبت يحلف الشهود بالطلب على عدم أخذ المبلغ المذكور فإذا نكلوا عن حلف اليمين فيحكم باسترداد المبلغ وترد شهادتهم وإذا حلفوا اليمين فيرد طعن المشهود عليه وتقبل شهادة الشهود بعد التعديل والتزكية (رد المحتار).

المادة (١٧٢٥) - (إذا جرح بعض المزكين الشهود وعدلهم بعضهم فيرجح طرف الجرح ولا يحكم القاضي بشهادتهم).

إذا جرح بعض المزكين الشهود وعدلهم بعضهم يرجح في مسألتين طرف الجرح فلا يحكم القاضي بشهادتهم أنظر المادة (٤٦) سواء أكان الجرح مجرداً أو مركباً أنظر شرح المادة الآنفة إلّا أن تفهم هذه المادة يتوقف على فهم المسائل الآتية:

١ - إذا كان الجارح واحداً والمعدل واحداً يرجح طرف الجرح.

٢ - إذا عدل اثنان وجرح اثنان أو أكثر فيرجح أيضاً جهة الجرح، لأن عدد الاثنين أو الثلاثة في الشهادة واحد فلذلك كان الجارح والمعدل متساوياً فترجح جهة الجرح لأن المعدل قد عدل بنظره إلى ظاهر الحال، أما الجارح فقد جرح وهو واقف على باطن الحال ولم يقف المعدل على باطن الأحوال فلذلك يكون الجارحون قد أثبتوا الأمر الذي لم يقف عليه المعدلون والشهادة إنما شرعت للإثبات (الشبلي).

أما في هذه المسألة الثالثة فقد رجح طرف التعديل.

٣ - إذا جرح مزك واحد وعدل مزكيان فترجح جهة التعديل لأن الاثنين حجة كاملة ويحكم بها في الدعوى ولا تفصل الدعوى بواحد فكان الاثنان أولى (الولواجية في آداب القاضي والبهجة والهندية).

قد بيّن في شرح المادة الآنفة أن الجرح العلني إذا كان مجرداً لا يقبل بعد التعديل والتزكية إلّا

أن المقصود من الجرح هنا هو الجرح الواقع بناء على سؤال القاضي من المزكين، أما المسألة المبيّنة في شرح المادة الآنفة فهي مبنيّة على الطعن الذي يقع من المشهود عليه فلذلك لا تباين بين المسألتين (رد المحتار).

المادة (١٧٢٦) ـ (إذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهادة في المعاملات فللقاضي أن يزكيهم ويحكم بشهادتهم).

إذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهادة وقبل التزكية في المعاملات فللقاضي أن يزكيهم ويحكم بشهادتهم إذا تبيّنت عدالتهم (البزازية) كذلك إذا مات أو غاب الشهود بعد أداء الشهادة والتزكية فللقاضي أن يحكم بشهادتهم (الهندية).

إنه وإن كان يلزم حضور الشهود أثناء التزكية العلنية إلّا أن هذه المادة قد جوزت بصورة استثنائية، إجراء التزكية سراً وعلناً في غياب الشهود.

أما إذا طرأ على الشهود بعد أدائهم الشهادة عمى أو خرس أو فسق فلا يحكم بشهادتهم (البزازية فيمن تقبل شهادته ومن لا) أنظر شرح المادة (١٦٨٦).

وقول المجلة في المعاملات احتراز من القصاص لأن الشاهد الذي يشهد على القصاص إذا توفي أو غاب فلا يحكم القاضي بشهادته كما أنه لو حكم القاضي بناء على شهادة الشهود وطرأ على الشهود حال مانع للشهادة كالعمى أو الخرس فلا ينفذ ذلك الحكم بل يحتاج الأمر لمحاكمة ولبينة جديدة.

تذنيب

إن لفظ تذنيب من باب تفعيل وثلاثية من الباب الأول بفتح الذال وسكون النون ذنب معناه لحوق أثر أحد بدون الإفتراق عنه فعلى ذلك يكون لفظ تذنيب بمعنى اللحاق بشيء وقد ألحقت المادة الآتية بآخر هذا الفصل.

في حق تحليف الشهود

إن أكثر الكتب الفقهية قد بينت عدم وجوب اليمين على الشاهد وإن تحليف الشاهد اليمين هو مذهب ابن أبي ليلى وأنه غير موافق للشرع وقد ذكر في شرح المادة (١٦٨٩) أن لفظ شهادة الشاهد تتضمن اليمين فعلى هذه الصورة يكون تحليف الشهود بعد الشهادة ما هو إلا تكرير لليمين إلا أن المتأخرين من الفقهاء كصاحب البحر قد قال بأن عدم لزوم تحليف الشاهد يكون في حالة ظهور عدالته أما إذا لم تكن عدالته ظاهرة بل كانت خفية فيجب تقويتها باليمين، إذ يكون الشاهد

مجهول الحال ويكون المزكي مجهولاً مثله ولا يجوز أن يزكي المجهول المجهول وقد أفتى علي أفندي الجطارجي على هذا الوجه وقد قبلت المجلة هذه الصورة (فتاوى أبي السعود وتكملة رد المحتار).

المادة (١٧٢٧) - (إذا ألح المشهود عليه على القاضي بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا كاذبين في شهادتهم وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين فللقاضي أن يحلف أولئك الشهود وله أن يقول لهم: إن حلفتم قبلت شهادتكم وإلا فلا).

إذا ألح المشهود عليه على القاضي بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا كاذبين في شهادتهم وقد رأى القاضي أن هناك لزوماً لتقوية الشهادة باليمين فللقاضي أن يحلف الشهود اليمين بأنهم ليسوا كاذبين في شهادتهم لأنه متعذر تزكية الشهود بسبب زيادة الفسق حيث تكون عدالة الشاهد مجهولة كما أن عدالة المزكي قد تكون مجهولة أيضاً فلا تظهر عدالة الشاهد بتزكية المجهول المجهول واختير تحليف الشهود لحصول غلبة الظن[1].

وللقاضي أن يقول للشهود إن حلفتم قبلت شهادتكم وإلا فلا وقد ورد في البهجة وفي فتاوى أبي السعود والنتيجة بأن الشهود إذا لم يحلفوا على هذا الوجه فلا يكون ذلك مانعاً من قبول شهادتهم إلا أنه يفهم من هذه الفقرة أن الشهود إذا لم يحلفوا يرد القاضي شهادتهم قبل الحكم، أما إذا شهد الشهود وجرى تعديلهم وتزكيتهم وحكم بموجب شهادتهم فلا يحلف الشهود بعد ذلك (علي أفندي وعبد الحليم) والظاهر أن تحليف الشهود لا يغني عن التزكية السرية والعلنية فإذا طلب تحليف الشهود بعد التعديل والتزكية جاز وفي هذه الصورة لا يكون تحليف الشهود بدلاً للتزكية.

الفصل السَّابع

في حق رجوع الشهود عن شهادتهم

إن الشهادة بالزور محرمة في جميع الأديان حتى أنها معادلة والعياذ بالله للإشراك به عز وجل (أبو السعود).

وقد ورد في الحديث الشريف (يا أيها الناس عدلت شهادة الزور الإشراك بالله تعالى) وقد جاء في القرآن الكريم ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾. (الخيرية).

وقد ورد أيضاً في الحديث الشريف (ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً قالوا بلى يا رسول الله، قال الإشراك بالله وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئاً فقال: ألا وقول الزور قال الراوي فما زال

(١) قد قال أحد القضاة: إنني عندما عينت قاضياً للكوفة وجدت مائة وعشرين رجلاً عدولاً ومقبولي الشهادة فدققت أحوالهم وحققت أسرارهم فنزل عددهم إلى ستة فعدت إلى البحث عن أحوالهم فتنزل عددهم إلى أربعة فعندما شاهدت هذا الحال استقلت من القضاء واخترت العزلة (الحموي وعلي أفندي).

يكررها حتى قلنا ليته سكت). وقد ورد أيضاً ـ أن (الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والأرض)، (الزيلعي).

فلذلك إذا تحقق أن الشهود شهدوا زوراً ولم يدع الشهود السهو والخطأ فيجازى الشهود بالتعزير والتشهير إزالة للفساد وتتحقق شهادة الزور (أولاً) بإقرار الشاهد حقيقة وهو ظاهر (ثانياً) بإقراره حكماً كأن يشهد الشهود على موت أحد فتظهر حياته وكشهادتهم على قطع شجرة ورؤية تلك الشجرة موجودة (القهستاني) (ثالثاً) بأن يثبت المشهود عليه أن الشهود قد أقروا بأنهم شهدوا زوراً.

صورة التشهير، إذا كان الشاهد من الذين يبيعون ويشترون في السوق ففي وقت زيادة ازدحام السوق يرفق الشاهد بمناد ينادي عليه إننا قد وجدنا هذا الشاهد شاهد زور فاتقوا شره وأوصوا الناس بإن يتقوا شره وإذا كان ليس من أرباب السوق فيرسل على هذه الصورة إلى محلته أو قومه في وقت اجتماعهم وينادي عليه على تلك الصورة (منلا مسكين والزيلعي).

إن شهادة الزور تتحقق على الأوجه المار ذكرها. أما إذا أراد المشهود عليه أن يقيم بينة على أن الشهود شهود زور فلا تقبل، لأنه لا يوجد طريق لأن يعلم ذلك بالبينة، إذ أنه إذا أقيمت البينة على أن الشهود شهدوا بغير حق فتكون تلك البينة بينة على النفي فلا تقبل (الشبلي) انظر شرح المادة (١٧٢٤) (رد المحتار).

فلذلك إذا ردت شهادة الشاهد لتهمة أو لمخالفة شهادته للدعوى أو للتباين بين الشهادتين فلا يستحق ذلك الشاهد التعزير، لأنه لا يعلم من الكاذب هل المشهود له أو الشاهد (الزيلعي).

كذلك لو ظهر مستحق للدابة التي ملكها أحد بطريق الشراء وأقام المستحق البينة على الملك المطلق وضبط المستحق الدابة من المشتري فرجع المشتري على البائع بثمن المبيع فأقام البائع البينة على النتاج ودفع دعوى المدعي فلا يعزر المدعي ولا الشهود (الخيرية).

ولا تقبل شهادة شاهد الزور في الحادثات الأخرى أيضاً ما لم تظهر توبته، يعني إذا ظهر أن شاهد الزور كان عدلاً وقت الشهادة وأنه شهد زوراً فتقبل شهادته بعد التوبة على القول المفتى به وقد قال الله تعالى ﴿وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات﴾ (الحموي والولوالجية في الفصل الثالث من الشهادات).

للرجوع عن الشهادة ركن وشرط وحكم ومحاسن: الركن: قول الشاهد رجعت عن شهادتي أو شهدت زوراً أو كنت كاذباً في شهادتي وما أشبه ذلك من الأقوال: ولا يعد إنكار الشاهد لشهادته بقوله: إننا لم نشهد هكذا رجوعاً عن الشهادة (رد المحتار).

الشرط: أن يكون الرجوع في مجلس القاضي انظر المادة (١٧٣١).

الحكم: التعزير في الرجوع قبل القضاء والتعزير والضمان في الرجوع بعد القضاء انظر المادتين (١٧٢٨ و١٧٢٩).

المحاسن: إن الرجوع عن شهادة الزور مرغوب ومشروع ديانة لأن في الرجوع عنها خلاصاً من العقاب الكبير، إذ من الواجب على الشاهد الذي شهد زوراً سواء أكان عن عمد أو خطأ التوبة ولا تكون التوبة إلا بالرجوع عنها في حضور القاضي ويجب على الشاهد زوراً أن يرجع حالاً عن شهادته وأن لا يكون حياؤه من الناس وخوفه من لوم اللائمين مانعاً من ذلك، لأن الرجوع إلى الحق أولى من الدوام على الباطل والحياء من الله أولى من الحياء من المخلوقات (عبد الحليم والزيلعي).

المادة (١٧٢٨) ـ (إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أداء الشهادة وقبل الحكم في حضور القاضي تكون شهادتهم كأن لم تكن ويعزرون).

إذا رجع الشهود عن كل أو بعض شهادتهم بعد أداء الشهادة وقبل الحكم في حضور القاضي تكون شهادتهم كأن لم تكن ولا يصح الحكم بموجب شهادتهم، لأن قول الشهود أولاً: إننا نشهد على ذلك ثم رجوعهم ثانياً وقولهم بأننا لا نشهد بذلك هو تناقض وبما أنه لا يجوز الحكم بالمتناقض ففي هذه الحال لا يلزم الشهود ضمان لأن شهادتهم لم تؤد إلى إتلاف شيء.

سؤال، إن هذه الشهادة وإن تكن لم تسبب إتلاف حق المدعى عليه ولا يلزم الشهود ضمان شيء للمدعى عليه إلا أنهم لو بقوا على شهادتهم لاستوفى المدعي حقه فلذلك فهم قد تسببوا بإتلاف حق المدعي؟

الجواب ـ إن عدم ثبوت حق المدعي لم يكن مضافاً إلى الرجوع عن الشهادة بل هو باق في أصل العدم وكما أنه لا يلزم الشهود الضمان لو امتنعوا عن أداء الشهادة ابتداء فلا يلزمهم أيضاً الضمان في هذه الحالة (الزيلعي).

بعد أداء الشهادة ـ أما قبل أداء الشهادة فلا يتصور الرجوع عن الشهادة، لأنه لو قال الشاهد الذي جاء ليشهد في المحكمة: إنني رجعت عن الشهادة التي سأشهدها فلا يعد ذلك رجوعاً ولا يلزم التعزير.

قبل الحكم ـ أما حكم الرجوع عن الشهادة بعد الحكم فهو مبين في المادة الآتية.

عن كل أو بعض الشهادة ـ إذا رجع الشاهد قبل الحكم عن كل شهادته فلا يحكم عليه بشيء كما أنه لو رجع عن بعض شهادته فلا يحكم بشيء أيضاً، وتبطل الشهادة في الكل لأن الشاهد قد فسق نفسه (أبو السعود).

مثلاً لو شهد الشهود قائلين: إن هذه الدار للمدعي ثم شهدوا قبل الحكم في مجلس حكم بأن عرصة الدار للمدعي وإن بناءها للمدعى عليه فيعد ذلك رجوعاً في كل الشهادة ولا تقبل

شهادتهم بموجب المادة (١٧٠٧) باعتبار أنهم شهدوا بالأقل.

كذلك لو شهد الشهود أن هذه الفرس وفلوها للمدعي ثم رجع الشهود في حق الفلو فتبطل الشهادة ولا يحكم بالفرس أيضاً (جامع الفصولين وأبو السعود).

وإذا لم يدع الشهود أنهم أخطأوا أو سهوا في شهادتهم فيعزرون، إن هذه الفقرة محتاجة للتفصيل وهو أن الرجوع يكون على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: الرجوع على سبيل التوبة والندامة وفي هذه الصورة لا يلزم التعزير بالإجماع.

الوجه الثاني: الرجوع من غير توبة وهو قول الشاهد قد شهدت في هذه المسألة كذباً وزوراً وإنني لا أرجع ولا أتوب عن مثل هذه الشهادة الزور وفي هذه الصورة يلزم التعزير بالإجماع.

الوجه الثالث: ألا يكون معلوماً هل هو على سبيل التوبة أو على طريق الإصرار وفي هذه الحال قد اختلف في التعزير (الزيلعي).

المادة (١٧٢٩) - (إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم في حضور القاضي فلا ينقض حكم القاضي ويضمن الشهود المحكوم به راجع المادة ٨٠).

إذا رجع الشهود عن كل أو بعض شهادتهم بعد الحكم في حضور القاضي فلا ينقض حكم القاضي ويضمن الشهود المحكوم به وهو المال الذي تلف بشهادتهم انظر المادة (٨٠) لأن رجوع الشهود عن الشهادة إقرار منهم بأن حكم القاضي كان بغير حق وأنهم كانوا سبباً لضياع المال ولوجوب الضمان عليهم، إلا أنه وإن كان إقرار المرء على نفسه صحيحاً ولو كان المقر أفسق الناس إلا أن إقراره على الغير غير صحيح ولو كان أعدل الناس فلذلك وإن صح الرجوع المذكور في حق الشاهد وأوجب عليه الضمان إلا أنه لا يصح في حق الغير أي في حق المشهود عليه الولواجية في الفصل الثاني عشر .

الشهود - لم يكن هذا التعبير تعبيراً احترازياً عن المزكين إذ أن المزكين إذا رجعوا عن تزكيتهم فيمضنون عند الإمام الأعظم لأن القاضي لا يحكم بالشهادة فقط والشهادة يصير أعمالها بالتزكية فأصبحت بمعنى علة العلة أما عند الامامين فلا يلزم المزكين الراجعين ضمان لأنهم لم يذكروا الشهود إلّا بالخير، أما إذا ادعى المزكون أنهم اخطأوا في تزكيتهم فلا يلزمهم ضمان بالاجماع، كذلك لو علم أن الشهود شهود زور برجوعهم عن شهادتهم فلا يلزم المزكين ضمان (ابن نجيم والهندية وأبو السعود)

بعد الحكم - أما إذا كان الرجوع قبل الحكم فقد بين في المادة الآنفة ويدل هذا التعبير على أن الرجوع عن الشهادة التي لا يلحق حكم بموجبها لا يوجب الضمان. مثلاً لو شهد شاهدان على

الف درهم وزكوا سراً وعلناً وقبل أن يحكم القاضي بالدعوى تصالح المدعي والمدعى عليه بتكليف من القاضي أو بلا تكليف على المبلغ المدعي به بستمائة درهم فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الصلح فلا يلزمهم ضمان (الهندية وعبد الحليم).

في حضور القاضي، وشرط الرجوع أن يكون في حضور القاضي أنظر المادة (١٧٣١).

إذا رجع ـ ويفهم من ذكر الرجوع على الاطلاق مسألتان:

١ ـ أن الرجوع عن كل الشهادة صحيح كما أن الرجوع عن بعضها صحيح أيضاً أنظر مادة (٦٤).

مثلاً: إذا شهد الشهود أن داراً هي ملك للمدعي وبعد التعديل والتزكية والحكم قال الشهود أن عرصة تلك الدار هي للمدعي وبناؤها للمدعي عليه فيضمن الشهود للمشهود عليه قيمة البناء فقط لأنهم يكونون قد اتلفوا البناء فقط (الولواجية قبيل الفصل الثالث من الدعوى).

٢ ـ جواز الرجوع مطلقاً ـ وبتعبير آخر سواء كانت عدالة الشهود وقت الرجوع مساوية لعدالتهم وقت الشهادة أو كانت أعلى أو ادنى (مجمع الأنهر). فلا ينقض الحكم لأنه لما كان كلام الشهود متناقضاً وبما أنه لا يجوز الحكم بالكلام المتناقض فلا يجوز أيضاً نقض الحكم به. لأن الكلامين متساويان في الدلالة على الصدق إلّا أنه قد ترجح الكلام الأول بالحكم (الزيلعي) كما أن الرجوع ليس بشهادة حتى أنه لا يتحرى فيه لفظ الشهادة ولذلك فالحكم الذي يثبت بشهادة لا يبطل بالرجوع الذي لم يكن من قبيل الشهادة (الشبلي).

المال الذي تلف بشهادة الشهود ـ وفي لزوم تضمين ذلك للشهود شرطان:

الشرط الأول: أن يكون التلف حاصلاً بشهادة الشهود فقط وعليه فاذا لم يحصل تلف المحكوم به بشهادة الشهود المجردة بل حصل التلف بانضمام أمر آخر فلا يلزم الشهود ضمان لأن الشيء الذي له صفتان ويثبت حكم فيه من أجل علة واحدة يضاف الحكم إلى الوصف الموجود اخيراً أنظر شرح المادة (٩٠) الولواجة في الفصل الثاني عشر من الشهادات والبهجة).

بعض مسائل متفرعة عن ذلك:

أولاً ـ الافلاس؛ إذا شهد شاهدان على الابراء وبعد حكم القاضي بذلك ووفاة المدين مفلساً رجع الشهود عن شهادتهم فلا يلزمهم ضمان؛ لأن تلف المبلغ المذكور لم يحصل بمجرد شهادة الشهود زوراً بل حصل بوفاة المدين مفلساً.

ثانياً ـ الوفاة إذا شهد شاهدان أن فلاناً هو ابن فلان وبعد صدور الحكم بذلك توفي الأب وورثه الابن وأخذ مالاً من التركة فرجع الشهود عن الشهادة فلا يلزمهم ضمان، لأن أخذ المذكور مالاً بطريق الارث لم يكن بمجرد شهادة الزور بل كان بوفاة ذلك الرجل (ابن عابدين على البحر ورد المحتار والهندية).

ثالثاً ـ لو شهد اثنان أن فلاناً الغائب قد وكل فلاناً بقبض مطلوبه العشرة دنانير من فلان وبعد الحكم أخذ الوكيل من المدين المقر العشرة دنانير ثم أنكر الغائب التوكيل ورجع الشهود عن شهادتهم فلا يلزم الشهود ضمان بل يلزم الوكيل القابض الضمان.

الشرط الثاني: أن يكون الشيء التالف مالاً وعليه إذا لم يكن المشهود عليه التالف مالاً فلا يلزم ضمان ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية.

أولاً ـ المنفعة ـ إذا شهد الشهود على المؤجر بالاجارة بحل من اجر المثل؛ فلا ضمانة عليهم لأن الشيء الذي تلف بالشهادة الكاذبة لم يكن مالاً بل منفعة ما لم يكن المأجور معداً للاستغلال أو مال وقف أو مال يتيم أنظر المادة «٥٩٦».

أما إذا كان مدعي الاجارة المؤجر والمستأجر منكر وشهد الشهود على هذا الوجه ثم رجعوا يضمنون المقدار الزائد عن اجر المثل لأن الشهود يكونون قد اتلفوا هذا المقدار بلا عوض أما اتلاف مقدار اجر المثل فلا يلزم ضمانه لأنه بعوض «الزيلعي».

ثانياً ـ النكاح إذا ادعى أحد على المرأة التي هي محل للنكاح بأنها زوجته وشهد شاهدان على دعواه ثم رجعا عن شهادتها بعد الحكم فلا يبطل النكاح ولا يلزم الشهود ضمان سواء كان النكاح بمهر المثل أو كان باقل أو أكثر لأن الشيء الذي تلف بهذه الشهادة الكاذبة ليس بمال «النتيجة».

أما إذا كان الرجل منكراً للنكاح والمرأة تدعيه وشهد الشهود على أكثر من مهر مثلها ثم رجعوا بعد الحكم فيضمنون الزائد عن مهر مثلها «علي افندي».

ثالثاً ـ العفو عن القصاص، لو شهد اثنان على عفو ولي القتيل عن القصاص ثم رجعا بعد الحكم فلا يلزمهما ضمان لان القصاص ليس بمال «ابو السعود»

رابعاً الايصاء ـ إذا شهد اثنان أن فلاناً المتوفي قد نصب فلاناً وصياً مختاراً وبعد الحكم بشهادتها رجعا عن الشهادة فلا يلزمهما ضمان بل يلزم الوصي الضمان إذا استهلك المال «البحر».

الشرط الثالث: أن تكون ازالة الملك بغير عوض فعليه إذا كانت ازالة الملك بعوض فلا يجب الضمان وتتفرع عن ذلك المسائل الآتية:

أولاً الرهن ـ إذا ادعى الدائن قائلاً: ان هذا الرجل قد ارهن هذه الساعة مقابل العشرة دنانير المطلوبة لي من ذمته وسلمني إياها وكان المدين مقراً بأنه مدين للمدعي بعشرة دنانير وكانت قيمة الساعة عشرة دنانير فشهد الشهود على الرهن والتسليم ثم رجعوا عن شهادتهم بعد الحكم فلا يلزمهم ضمان لأن هذه الإزالة كانت بعوض أما إذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين فينظر فاذا كان الرهن موجوداً في يد المرتهن فلا يجب ضمان أيضاً لأن هذه الشهادة لم تؤد إلى التلف، أما إذا

تلف الرهن فيضمن الشهود المقدار الذي يزيد عن الدين، أما مقدار الدين فيجري تقاصه بالدين «البحر والهندية».

ثانياً، الشفعة: إذا شهد اثنان بأن المشفوع به ملك للشفيع وبعد أن حكم القاضي بالشفعة رجعا عن شهادتهما فلا يلزمهما ضمان «البحر. الولوالجية. في الفصل الثاني عشر».

ثالثاً،الشهادة على البيع بمثل القيمة أو بأكثر منها؛ إذا شهد شاهدان بالبيع بمثل القيمة أو بأكثر منها ثم رجعا بعد الحكم فلا يلزمهما ضمان لأن المال لم يتلف بهذه الشهادة بل أخذ بدله الحقيقي أو ما يزيد عنه «ابو السعود» أما اذا شهدا على البائع بالبيع بنقصان القيمة ثم رجعا بعد الحكم فيضمنان مقدار نقصان القيمة، لأن الشيء الذي تلف بلا عوض هو ذلك المقدار «أبو السعود» ولا فرق في خصوص الضمان بين البيع البات وبين البيع الذي يشترط فيه خيار الشرط للبائع؛ لان سبب التلف هو البيع السابق وفي حال سقوط الخيار بمضي المدة يضاف حكم البيع إلى السابق كما أن التلف يضاف إليه «الزيلعي» فكأنه إذا كان للبائع خيار شرط واجاز البيع فلا يرجع على الشهود إذ يكون قد اتلف ماله مباشرة ولا يضاف الحكم على المسبب مع وجود المباشر «الزيلعي» وفي الرجوع عن الشهادة بالبيع بعد الشهادة على البائع ثلاث صور:

الصورة الأولى؛ أن يشهد الشهود على البيع ولا يشهدون على قبض الثمن مثلاً لو شهد شاهدان أن فلاناً قد باع ماله الفلاني لفلان بالف درهم وحكم القاضي بموجب شهادتهما ثم رجعا عنها ينظر فاذا كانت قيمة تلك الدار ألف درهم أو اقل فلا يلزمهما ضمان وإذا كانت قيمتها الفاً ومائة درهم فيضمنان المئة درهم مناصفة.

الصورة الثانية ـ أن يشهدا أولاً على البيع وبعد أن يحكم القاضي يشهدان ثانية على قبض الثمن فاذا رجعا عن تينك الشهادتين فيلزمهما ضمان الثمن كما أنه لو كان الثمن ادون من قيمة المبيع فيضمنان نقصانه أيضاً.

الصورة الثالثة ـ أن يشهد الشهود على البيع وعلى قبض الثمن جملة فيضمن الشهود الذين يرجعون عن هذه الشهادة تمام قيمة المبيع «الزيلعي».

رابعاً أن يشهد الشهود على البائع بالبيع وبالاقالة معاً، مثلاً إذا شهد الشهود على البائع بالبيع وبالاقالة معاً، ثم رجعوا عن شهادتهم بعد حكم القاضي فلا يلزمهم ضمان؛ لأنه في هذه الصورة لم يحكم القاضي بالبيع بل حكم بالاقالة فليس في ذلك تلف مال «الزيلعي».

خامساً؛ إذا شهد الشهود على المشتري بالشراء بثمن المثل أو بانقص منه ثم رجعوا عن الشهادة فلا يلزمهما ضمان، أما إذا شهدوا بأكثر من ثمن المثل ثم رجعوا فيضمنون زيادة القيمة فقط كذا لو شهدوا على المشتري بالشراء بخيار الشرط للمشتري ونفذ الشراء بمرور المدة فالحكم على المنوال المشروح، أما إذا اجاز المشتري البيع في مدة الخيار ثم رجع الشهود عن الشهادة فلا يلزمهم ضمان «الزيلعي والهندية».

المحكوم به ـ سواء كان ديناً او كان عينا منقود أو عقار أو سواء كان مقبوضاً أي اجري حكم الاعلام أو كان غير مقبوض (الشبلي وعلي افندي).

أنه وان كان بعض الفقهاء قال انه إذا كان المحكوم به لم يقبض فيبطل الحكم ولا يلزم الشهود ضمان الآن اطلاق المجلة وافتاء علي افندي يقضيان بلزوم الضمان «أنظر المادة ٦٤» وان يكن قد بين في شرح كتاب الغصب أن جريان الغصب في العقار مختلف فيه إلّا أنه يوجد اتفاق على لزوم الضمان للرجوع عن الشهادة علي افندي والزيلعي؟

مستثنى ـ ويستثنى القصاص من عدم نقض الحكم وهو أنه إذا رجع الشهود الذين شهدوا على القتل العمد بعد الحكم وقبل انفاذه فلا ينفذ ولا يجري الحكم؛ ويحتاج إلى اقامة بينة أخرى وحكم جديد.

للشهود ـ ولا يلزم المشهود له أي المقضى له ضمان فلا يقال له (بما أنك قد اخذت المشهود به فرده) لان الرجوع غير صحيح في حق الغير (الشبلي).

كذلك لا يلزم القاضي أيضاً أنظر شرح المادة (٩٠) أما الإمام الشافعي فقد قال بلزوم الضمان على القاضي بناء على ضمان المادة (٩٠)[1].

يضمن ـ يعني إذا كان المحكوم به من المثليات يضمنون مثله وإذا كان من القيميات يضمنون قيمته يوم الحكم وإذا كان الحكم الواقع قصاصاً ونفذ يضمن الشهود دية المقتص منه أنظر المادة (٤١٦) (الهندية والزيلعي) وتلزم قيمته يوم القضاء؛ لأن اتلاف المال قد حصل بالقضاء والحكم فلذلك يضمن الشهود قيمته يوم صدور الحكم ولا عبرة للزيادة والنقصان الحاصلين بعد اليوم المذكور في قيمة ذلك المال أنظر المادة (٨٩١) وفي هذه الصورة إذا اختلف المشهود عليه والشهود في مقدار القيمة فيقبل الاثبات من أيهما فاذا اثبت الاثنان فترجح بينة المشهود عليه المثبتة للزيادة فاذا لم يثبت الاثنان فالقول مع اليمين للشهود لأن الشهود ينكرون الزيادة (الولوالجية) أنظر المادة (٧٦).

تفصيل الضمان: إن هذا الضمان جار في جميع أبواب الفقه وبما أن المجلة لم تبين الأبواب المذكورة فنرى من المناسب بيان بعضها.

الدين؛ إذا شهد الشهود على دين عشرة دنانير وحكم القاضي ثم رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم فيضمنون العشرة دنانير للمشهود عليه أما إذا كان رجوع الشهود في مرض موتهم فيقدم دين الصحة. (الكنز والبحر).

---

(١) والغريب مع أن الإمام المشار إليه قد قال بعدم لزوم الضمان على الشهود فقد قال بلزوم القصاص بحق الشهود الذين شهدوا على القصاص إذا رجعوا بعد القصاص مع أن القصاص يدرأ بالشبهات كما إن امر القصاص أعظم من امر المال (الشبلي).

الهبة؛ إذا شهد الشهود على الهبة والتسليم ثم رجعوا بعد حكم القاضي بذلك فيضمنون قيمة ذلك المال ولا يمنع حق الواهب بالرجوع عن الهبة تضمين الشهود فإذا ضمنوا ذلك فليس للواهب بعد ذلك الرجوع عن هبته لأنه يكون قد أخذ عوضه أما إذا لم يضمن الواهب الشهود فله الرجوع عن هبته (البحر والشبلي).

الإبراء؛ إذا شهد الشهود أن الدائن قد ابرأ مدينه من عشرة دنانير أو أن المدين قد أوفى الدائن دينه وبعد أن حكم القاضي بذلك رجع الشهود فيضمنون ذلك المبلغ.

مثلاً لو شهد الشهود قائلين في حضور القاضي أن هذا الدائن قد وهب أو تصدق أو أبرأ أو حلل بالعشرة دنانير المطلوبة له من ذمة هذا المدين أو أنه قد أبرأ المدين المذكور من الدين أو أن المدين المذكور قد أوفى الدين المذكور للدائن وحكم القاضي بذلك بعد التعديل والتزكية ثم رجع الشهود عن شهادتهم فللدائن تضمين الشهود المبلغ المذكور (الهندية والبحر).

سؤال ـ إن الدين الذي اتلفه الشهود هو وصف شرعي وأمر اعتباري فباعطاء بدله عيناً لا يكون مماثلة في التضمين ويلزم بنص القرآن في ضمان العدوان المماثلة فلذلك كان الواجب عدم الضمان في ذلك كما أنه لا يلزم ضمان المنفعة؟

الجواب ـ بما أن الدين باعتبار عاقبة القبض هو مال وعين منتفع بها فيتحقق أن الشيء المتلف هو العين (الزيلعي بزيادة وإيضاح).

التأجيل، إذا شهد الشهود على تأجيل دين معجل في ذمة آخر ورجع الشهود بعد الحكم فيلزم الشهود الضمان سواء كان رجوعهم قبل حلول الأجل أو بعده (البحر) وإذا رجعوا قبل الأجل فيضمنون حالاً (الشبلي) ويرجع الشهود على المشهود له بالمبلغ الذي ضمنوه للمشهود عليه عند حلول الأجل وإذا تلف مطلوبهم عند المدين فليس لهم الرجوع على الدائن (الشبلي).

الشهادة على الدين والإبراء معاً، إذا شهد شاهدان بأن هذا الرجل مدين لذلك الشخص بعشرة دنانير وشهد آخر بأن ذلك الشخص قد أبرأ المدين من العشرة دنانير المذكورة وبعد أن حكم القاضي بالأمرين رجع الشهود فعلى المدعي أولاً أن يقيم البينة على الدين؟

والخصم في ذلك شاهدا الإبراء فإذا أقام البينة على هذا الوجه يضمن شاهدا الإبراء العشرة دنانير وليس لهؤلاء الشهود الرجوع بالمبلغ الذي ضمناه على الشخص الذي شهدا له (البحر).

البيع؛ إذا شهد الشهود بأن هذا الرجل قد باع فرسه بخمسة عشر ديناراً مؤجلة لسنة واحدة وكان قيمة تلك عشرة دنانير ثم رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم فالبائع مخير، إن شاء أخذ الخمسة عشر ديناراً بعد سنة من المشتري وإن شاء ضمن الشهود قيمة تلك الفرس معجلاً وليس له تضمين الخمسة عشر ديناراً للشهود فإذا ضمنهم فلهم عند حلول الأجل الرجوع على المشتري بالثمن لأنهم قاموا مقام البائع بالضمان وطاب لهم قدر عشرة وتصدق الفضل (الشبلي).

الوقف؛ إذا شهد الشهود بأن العقار الذي في يد زيد هو وقف فلان المسجل وبعد أن حكم بموجب شهادتهم بالوقف رجعوا عن الشهادة فلا يبطل الوقف ويضمن الشهود للمشهود عليه قيمة المال الموقوف وقت الحكم (فتاوى ابن نجيم).

الإجارة؛ لو ركب أحد فرس آخر وذهب بها إلى الفالوجي فبلغت الفرس وادعى الراكب أنه استأجرها بخمسين درهماً وادعى صاحب الفرس أن الراكب قد غصبها فأثبت الراكب الاستئجار بشاهدين وبعد الحكم رجع الشاهدان عن شهادتها فيضمنان قيمة تلك الفرس وقت تلفها إلا أنه ينزل من تلك القيمة ما أخذه صاحب الفرس من بدل الإجارة وهو الخمسون درهماً (البحر).

كذلك إذا شهد شاهدان على المؤجر بأقل من أجر المثل ثم رجعا عن الشهادة فإذا كان المأجور معداً للاستغلال أو مال يتيم أو مال وقف فيجب الضمان على الشهود بصورة اكمال الأقل من أجر المثل إلى أجر المثل. أما إذا لم يكن أحد هذه الأشياء فلا يلزم ضمان لأن الذي تلف هو المنفعة وهي غير مضمونة أنظر المادة (٥٩٦) (أبو السعود والبحر).

أما إذا شهدا على المستأجر بأزيد من أجر المثل ثم رجعا عن الشهادة فيضمنان تلك الزيادة مثلاً إذا ادعى المؤجر قائلاً في دعواه قد آجرت مالي هذا كذا مدة بمائتي درهم لهذا الرجل وأنكر المستأجر وشهد الشهود حسب دعوى المؤجر ثم رجعوا عن الشهادة فإذا كان أجر مثل ذلك المال في تلك المدة مائة وعشرين درهماً فقط فيضمن الشهود الثمانين درهماً (البحر).

المضاربة؛ إذا كان رب المال مقراً للمضارب بثلث الربح والمضارب ادعى نصف الربح وشهد شاهدان على نصف الربح وحكم بذلك وبعد أن قسم الربح بينهما مناصفة وقبض المضارب النصف رجع الشاهدان عن شهادتها فيضمنان سدس الربح الحاصل قبل الرجوع، أما الربح الحاصل بعد الرجوع، فإذا كان رأس المال عرضاً فالحكم على المنوال المشروح أيضاً، وإذا كان نقداً فبما أن رب المال لم يفسخ الشركة مع اقتداره على الفسخ فيعد ذلك رضا منه بتقسيم الربح مناصفة ولا يلزم الشاهدين ضمان (البحر).

الشركة: إذا كان مال الشريكين متساوياً وشرط في الشركة تقسيم الربح مناصفة إلا أن أحدهما ادعى أن ثلثي الربح له والثلث الآخر لشريكه وأقام البينة على دعواه هذه وشهد الشاهدان على تقسيم الربح اثلاثاً ثم رجعا عن شهادتها فيضمنان لصاحب الثلث سدس الربح ولا يلزمهما ضمان الربح الحاصل بعد الشهادة، كذلك إذا شهد إثنان بأن المال الذي في يد فلان هو مشترك مع فلان شركة مفاوضة ثم رجعا عن الشهادة بعد الحكم فيضمنان نصف المال للمشهود عليه (البحر).

الميراث، لو كان المتوفي غير مسلم له ولد مسلم وولد غير مسلم وشهد شاهدان بأن المتوفي توفي مسلماً وحرم ابنه الغير مسلم من الميراث ثم رجعا عن شهادتها فيضمنان ميراث الولد الغير مسلم (البحر).

الوصية، إذا ادعى أحد بأن فلاناً المتوفي قد أوصى بثلث ماله له وأثبت دعواه بالبينة ثم رجع الشاهدان عن الشهادة فيضمنان جميع الثلث (البحر).

الوديعة ـ إذا أنكر المستودع الوديعة وأثبتها المودع بالبينة وأثبت قيمتها وبعد أن حكم القاضي له رجع الشهود عن شهادتهم فيضمنون القيمة المذكورة (الهندية).

العارية، يجري الحكم الآنف الذكر في العارية أيضاً (البحر).

القصاص، إذا رجع الشهود عن شهادتهم في القصاص بعد الحكم والإجراء يلزم الشهود الدية ويلزمهم التعزير أيضاً، ولا يلزمها القصاص؛ لأن القصاص هو منتهى العقوبة ولا يلزم إلا في منتهى الجناية وفي التسبب قصور وفيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة (الزيلعي).

الطلاق، إذا شهد شاهدان على الطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد الحكم. فيلزمهما ضمان نصف المهر (الزيلعي).

المادة (١٧٣٠) (إذا رجع بعض الشهود على الوجه المذكور آنفاً فإن كان باقيهم بالغاً نصاب الشهادة لا يلزم الضمان على من رجعوا ولكن يعزرون وإن لم يكن الباقي بالغاً نصاب الشهادة يضمن الذي رجع مستقلاً نصف المحكوم به إن كان واحداً وإن كان ازيد يضمنون النصف سوية بالاشتراك).

لأن الاعتبار للباقي على الشهادة وليس للراجع عنها إذ لو كان الإعتبار للراجع وكان الباقي نصاب الشهادة لكان وجب الضمان على الراجع مع بقاء الحق المحكوم به ففي هذه الحالة يجب ضمان الإتلاف بلا وجود تلف وهو فاسد (الشبلي).

فلذلك إذا رجع بعض الشهود على الوجه المحرر أي إذا رجع الشهود بعد الحكم في حضور الحاكم فإن كان باقيهم بالغاً نصاب الشهادة لا يلزم الضمان على من رجعوا لأنه إذا كان يوجد شهود لإثبات المدعى به بعد الرجوع فلا يكون قد حصل اتلاف للمال؛ لأن الباقي كاف للحكم ولذلك أضيف وجوب الحكم ولزوم القضاء على الباقي؛ وان يكن الحكم والقضاء قبل الرجوع مضافاً على جميع الشهود لضرورة المزاحمة إلا أنه إذا زالت المزاحمة فالقضاء والحكم يكون مضافاً على النصاب الباقي (الولوالجية في الفصل الثاني عشر من الشهادات) ولكن يعزر ويشهر الشهود، لأنه قد تبين باقرارهم أنهم ارتكبوا كبيرة شهادة الزور، وإن لم يكن الباقي بالغاً نصاب الشهادة يضمن الراجع مستقلاً نصف المحكوم به إن كان واحداً وإن كان ازيد يضمنون النصف سوية بالإشتراك؛ لأن الضمان بقدر الجناية يعني: أن ثبوت نصف الحق باق للشاهد الذي لم يرجع فيكون برجوع الشهود الذين رجعوا قد تلف نصف الحق الآخر فقط ولزم ضمان ذلك النصف (الولوالجية في الفصل الثاني عشر من الشهادات).

سؤال ـ إذا كان الذي لم يرجع عن الشهادة واحداً فلا يثبت بشهادته شيء فيجب أن يضمن الواحد الراجع كل المال.

الجواب؛ أن عدم ثبوت شيء بالشاهد الواحد هو ابتداء والذي يلزم ابتداء لا يلزم بقاء أنظر المادة (٥٦) (تكملة رد المحتار والشبلي).

وتوضح الفقرة الأخيرة من هذه المادة على الوجه الآتي: وتتفرع عنها مسائل عديدة:

أولاً: إذا شهد رجل وامرأتان على دين بألف درهم فرجعت احداهما بعد الحكم والشهادة فتضمن ربع المحكوم به أي مائتين وخمسين درهماً (الولوالجية في الفصل الثاني عشر من الشهادات) وإذا رجعت كلتاهما معاً أو رجعت الثانية بعد ذلك فتضمنان نصف المحكوم به سوية (الزيلعي).

ثانياً: إذا شهد ثلاثة شهود على ألف وخمسماية درهم ورجع أحدهم فقط بعد الحكم فيعزر الشاهد ولا يجب عليه ضمان، وإذا رجع مع ذلك الشاهد شاهد آخر أو رجع بعد ذلك شاهد فيضمن الشاهد نصف المحكوم به أي سبعماية وخمسين درهماً.

سؤال ـ كان يجب ألا يلزم الشاهد الأول الذي رجع ضمان، لأن التلف مضاف للشاهد الثاني الراجع حتى أنه لم يلزم الشاهد الأول حين رجوعه ضمان ما.

الجواب ـ أن التلف مضاف للمجموع إلا أنه حين رجوع الشاهد الأول لم يظهر أثر الرجوع للمانع فالمانع هو بقاء الشاهدين إلا أنه حينما رجع الشاهد الآخر ظهر أثر الرجوع (الزيلعي).

ثالثاً: لو شهد رجل وعشر نساء في دعوى وبعد حكم القاضي في الدعوى رجع جميعهم فعند الإمام الأعظم يضمن الرجل سدس المشهود به وتضمن النساء خمسة أسداس المشهود به لأن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد (الزيلعي)، أما عند الإمامين فيضمن الرجل نصف المشهود به وتضمن النساء النصف الآخر لأن النساء ولو كن أزيد من اثنتين فهن في مقام الرجل الواحد حتى أنه لا يحكم بشهادتهن فقط كما أنه لا يحكم بشهادة رجل واحد (الولوالجية في الفصل الثاني عشر من الشهادات).

أما إذا رجع ثماني نساء مع بقاء الرجل على شهادته فلا يلزم النساء ضمان، أما إذا رجع تسع منهن فيضمن ربع المشهود به سوية بالاشتراك (رد المحتار والزيلعي)؛ فإذا أرجعت بعد ذلك المرأة العاشرة فتضمن تلك المرأة مع التسع النساء اللاتي رجعن قبلاً نصف المحكوم به بالاتفاق (الولوالجية والزيلعي).

رابعاً: إذا شهد رجل وعشر نساء في دعوى ورجع بعد الشهادة والحكم الرجل وثماني نساء فيضمنون عند الإمام الأعظم نصف المحكوم به أخماساً وعند الإمامين أنصافاً (الزيلعي) وفي هذه المسألة لو رجع رجل وامرأة فيضمنان عند الإمام الأعظم نصف المحكوم به أثلاثاً (الزيلعي).

خامساً: إذا شهد رجلان وامرأة في دعوى ثم رجعوا بعد الشهادة والحكم فالضمان يلزم الرجلين فقط ولا يلزم المرأة شيء ما، لأن المرأة هي نصف شاهد فالحكم لا يضاف إلى بعض العلة (الزيلعي).

سادساً: إذا رجع رجل وثلاث نساء عن شهادتهم بعد الشهادة والحكم فيضمن الرجل عند الإمام خمسين والثلاث النساء الثلاثة الأخماس ويضمن الرجل عند الإمامين النصف والثلاث النساء النصف الآخر؛ فإذا رجع في هذه المرة رجل وامرأة فيضمنان عند الإمام الأعظم نصف المحكوم به أثلاثاً أما عند الإمامين فيضمن الرجل نصف المال وحده ولا تضمن المرأة شيئاً.

تتمة بعض مسائل في حق الرجوع عن الشهادة

المسألة الأولى: إذا رجع بعد الحكم شهود الفروع فقط فيضمنون المحكوم به ولا يضمن الأصول شيئاً أما إذا رجع شهود الأصول بأن قال الأولان أشهدنا بباطل فلا يلزمهم ضمان كما أنه لا يلزم شهود الفروع ضمان أيضاً أما عند محمد فالمشهود عليه مخير إن شاء ضمن شهود الأصول وإن شاء ضمن شهود الفروع (الولواجية في الفصل الثاني عشر من الشهادات. (رد المحتار والزيلعي).

أما إذا رجع شهود الأصول وشهود الفروع معاً فيلزم شهود الفروع الضمان فقط ولا يشترك شهود الأصول في الضمان، لأن الأصول وإن كانوا مسببين من وجه للتلف إلا أن الفروع مباشرون للتلف على كل وجه كما أن شهادة الأصول هي في غير مجلس القاضي فلا تكون شهاداتهم سبب الإتلاف (أبو السعود والولواجية).

المسألة الثانية: إذا شهد الفروع على شيء فإذا قال الأصول بعد الحكم إن الفروع شهدوا كذباً أو أنهم أخطأوا في شهادتهم لا يعد ذلك رجوعاً حتى أن الفروع الذين يقولون بذلك لا يلزمهم ضمان؛ لأن هذا القول لم يكن رجوعاً منهم عن شهادتهم بل هو بيان، لأن الأصول الذين هم الغير قد كذبوا (الزيلعي).

المادة (١٧٣١) - (يشترط أن يكون رجوع الشهود في حضور القاضي ولا اعتبار لرجوعهم في محل آخر بناء على ذلك إذا ادعى المشهود عليه رجوع الشهود عن شهادتهم في محل آخر فلا تسمع دعواه وإذا شهدوا في حضور. قاض ثم رجعوا بعد ذلك عن شهادتهم في حضور قاض آخر يعتبر رجوعهم).

يشترط أن يكون الرجوع في حضور القاضي، لأن الرجوع هو فسخ للشهادة وهو ضدها فكما أنه يجب أن تكون الشهادة في حضور القاضي يشترط أن يكون فسخها في حضوره كما أن الرجوع

هو توبة عن كبيرة الشهادة الكاذبة ويجب أن تكون التوبة بحسب الجناية[١] ولا اعتبار لرجوع الشهود في غير محل القاضي ولا يترتب على هذا الرجوع تعزير وتشهير أو ضمان حتى أنه لو رجع الشهود في حضور المحكمة فلا اعتبار لذلك الرجوع (الحموي).

بناء على ذلك إذا ادعى المشهود عليه رجوع الشهود عن شهادتهم في محل آخر فلا تسمع دعواه لأنه حسب المادة (١٦٣٠) يشترط في صحة الدعوى أن يكون المدعى عليه محكوماً وملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى فإذا ثبت بأن الشهود قد رجعوا عن شهادتهم في غير حضور القاضي فلا يلزم الشهود شيء وفي هذه الصورة لا تقام البينة في هذه الدعوى كما أنه لا يحلف المدعى عليهم الشهود، لأن ادعاء وقوع الرجوع في غير مجلس القاضي هو ادعاء للرجوع الباطل والبينة واليمين إنما تكون بعد الدعوى الصحيحة (تكملة رد المحتار والشبلي).

فلذلك إذا رجع الشهود في محل غير حضور القاضي وأقروا بأن المحكوم به دين في ذمتهم ثم أنكروا الرجوع أو الإقرار فلا تقام البينة على الرجوع ولا على الإقرار (الولوالجية).

مستثنى: إذا ادعى المشهود عليه أن الشهود قد رجعوا عن شهادتهم في محل غير حضور القاضي فأقر الشهود في حضور القاضي بأنهم رجعوا عن شهادتهم أو أنهم أنكروا إقرارهم المشروع أي إقرارهم في حضور القاضي بذلك وأثبت المشهود عليه هذا الإقرار يقبل ويعد إنشاء في الحال (الزيلعي ورد المحتار وأبو السعود).

وإذا شهدوا في حضور القاضي ثم رجعوا بعد ذلك عن شهادتهم في حضور قاض آخر يعتبر رجوعهم (الولوالجية).

إن دعوى الرجوع عن الشهادة في حضور القاضي بعد الشهادة تقبل مع حكم الضمان وإلا فلا (الشبلي).

مثلاً؛ أن يدعي المشهود عليه قائلاً: إن هؤلاء الشهود قد شهدوا علي في حضور القاضي الفلاني بألف درهم وقد حكم القاضي المذكور علي بموجب شهادتهم ثم بعد ذلك رجعوا عن شهادتهم هذه في حضور قاض آخر وقد حكم لى القاضي على هؤلاء الشهود بضمان المشهود به وادعى ذلك في حضور قاض ثالث وأثبت ذلك تقبل دعواه وإذا عجز عن الإثبات يتوجب اليمين[٢].

أما إذا لم يدع المشهود عليه الحكم بالضمان بل ادعى الرجوع الواقع أمام القاضي الثاني فلا تقبل الدعوى ولا يحلف المدعى عليهم الشهود (الولوالجية في الفصل الثاني عشر)

---

(١) لحديث معاذ رضي الله عنه إذا عملت ذنباً فأحدث توبة السر في السر والعلانية (الدر المنتقى والولوالجية في الفصل الثاني عشر من الشهادات).

(٢) أما في هذا الزمان فيثبت حكم القاضي بإبراز إعلام الحكم ولا حاجة لإثبات حكم القاضي بشاهدين.

الفصل الثامن

في حق التواتر

المادة (١٧٣٢) (لا اعتبار لكثرة الشهود يعني لا يلزم ترجيح شهود أحد الطرفين لكثرتهم بالنسبة إلى شهود الطرف الآخر إلا أن تكون كثرتهم قد بلغت درجة التواتر)

لا اعتبار لكثرة الشهود أو لزيادة عدالتهم يعني لا يلزم ترجيح شهود أحد الطرفين لكثرتهم أو لزيادة عدالتهم بالنسبة إلى شهود الطرف الآخر لأن الترجيح لا يكون بكثرة الدليل بل يكون بالوصف المؤكد ولا يسوغ الترجيح بالذي يصلح أن يكون علة بانفرادة، والمعتبر في الشهود أصل العدالة وبما أن أصل العدالة غير قابل للتحديد فلا تكون زيادة العدالة سبباً للترجيح فلذلك:

(أولاً) لا يترجح قياس بانضمام قياس آخر عليه.

(ثانياً) إذا تنازع خارج وذو يد في مال وأقام الخارج شاهدين وأقام ذو اليد ثلاثة شهود أو أكثر أو أثبتا مدعاهما فترجح بينة الخارج انظر المادة (١٧٥٧) ولا توجب كثرة شهود ذي اليد ترجيح بينته.

(ثالثاً) لا يرجح صاحب الجراحات على صاحب الجراحة الواحدة، مثلاً لو جرح أحد آخر خمسة جروح وجرحه آخر جرحاً واحداً وتوفي ذلك الشخص من تلك الجروح فإذا كان الجرح خطأ فيؤدي الجارحان دية المقتول مناصفة.

(رابعاً) إن الشفعة تقسم على الشفعاء المتعددين على عدد رؤوسهم ولا تقسم على مقدار سهامهم (كشف الأسرار).

إلا أن تكون كثرة الشهود قد بلغت درجة التواتر ففي تلك الحال يرجح التواتر، وفي هذه الصورة لا يكون الترجيح لكثرة الشهود بل لقوة الدليل، وبتعبير آخر إن قوة الدليل هي الباعث للترجيح فلذلك:

أولاً: إن بينة التواتر مرجحة على البينة العادية لأن التواتر كما هو مبين في المادة الآتية يفيد علم اليقين أما شهادة الشهود فلا تفيد علم اليقين.

(ثانياً) لو قطع أحد ذراع زيد وقطع آخر رأسه فالقاتل هو قاطع الرأس ولا يكون قاطع الذراع قاتلاً لأن قطع اليد وقطع الرقبة وإن كانا علة لهذا القتل إلا أن قطع الرقبة أقوى، لأن الحياة ممكنة بعد قطع اليد إلا أنها غير ممكنة بعد قطع الرقبة ولا يتوهم بها (كشف الأسرار).

المادة (١٧٣٣)- (التواتر يفيد علم اليقين بناء عليه لا تقام البينة بخلاف التواتر كما ذكر آنفاً).

التواتر يفيد علم اليقين لأنه من المستحيل عقلاً أن يتفق جمع غير محصور متباين في الرأي والأخلاق والوطن على شيء محسوس من المخترعات وغير ثابت في نفس الأمر يعني أن العقل يحكم قطعاً أن هذا الجمع غير المحصور لا يتفق على الكذب وأن الذي أخبر به هو صدق ولا مجال للعناد في اليقينات ولا احتمال لزوال ذلك اليقين (الكليات والتلويح).

سؤال: قد روي تواتراً عن موسى عليه السلام أنه قال تمسكوا بالسبت ما دامت الأرض والسماء والمقصد من ذلك هو بقاء الدين اليهودي وبما أنه نبي بالاتفاق فيجب الاعتراف بأنه صادق في قوله هذا؟

الجواب: لا يسلم نقل دوام السبت تواتراً عن موسى عليه السلام لأن (بختنصر) قد قتل اليهود قتلاً عاماً والذي خلص منهم لم يكن إلا عدداً قليلاً فلم يكن الناقلون في بعض الطبقات بالغين حد التواتر وقد اشتهر أن ابن الراوندي هو الذي افترى هذه الأكذوبة على النبي المشار إليه (شرح المواقف).

والحاصل أن المتواترات هي يقينيات واليقينيات هي ستة:

الأول: الأوليات ويقال لها البديهيات كالقول: إن الكل أعظم من الجزء.

الثاني: المشاهدات الباطنية وهذه المشاهدات غير موقوفة على العقل كجوع الإنسان وعطشه وألمه فإن البهائم تدركها أيضاً.

الثالث: المجربات ككون الخمر مسكراً والمسهلات مسهلة.

الرابع: المتواترات كعلم من لم ير مكة المكرمة وبغداد بوجود تينك المدينتين.

الخامس: الحدسيات كقضية أن نور القمر مستفاد من نور الشمس.

السادس: المحسوسات وهو الذي يحصل بالحس الظاهر والمشاهدة ككون النار حارة والشمس مضيئة. وهذه هي اليقينات التي يتألف البرهان منها.

بناء عليه لا تقام البينة بخلاف التواتر كما ذكر آنفاً اي في المادة (١٦٩٨) وإذا أقيمت لا تقبل لأنه إذا قبلت يجب تكذيب الشيء الثابت ضرورة ولا يدخل الشك في الضروريات ولا يحتمل الزوال فيها فلا تقام بينة على وفاة شخص معلوم وجوده في الحياة. كذلك أن وجود بغداد معلوم تواتراً لمن لم يرها فلو ظهر أحد وأراد أن يثبت أنه لا وجود لمدينة بغداد فكما أنه لا تقبل منه البينة العادية على ذلك لا تقبل منه بينة التواتر لأن ذلك لم يكن تواتراً بل هو كذب محض انظر شرح المادة (١٦٩٨) والحاصل أن بينة التواتر ترجح في كل حال على البينة العادية أما إذا لم يقم أحد

الطرفين بينة تواتر فيوفق على الأصول المبينة في ترجيح البينة العادية الواردة في الفصل الثاني من الباب الرابع.

مثلاً، إذا ادعى متولى وقف أن الأراضي الواقعة في محل هي من أراض الوقف وادعى صاحب الأرض أنها من الأراضي الأميرية وأراد كل منهما إقامة البيّنة على مدعاه فترجح بيّنة الجهة تكون الشهرة الشائعة في جانبها، ذلك أنه إذا كانت توجد شهرة شائعة على أن تلك الأراضي أراضي وقف فترجح بيّنة المتولي وبالعكس إذا كانت الشهرة الشائعة على أن تلك الأراضي أراض أميرية فترجح بيّنة صاحب الأرض، أما إذا لم تكن شهرة شائعة في أحد الجانبين فينظر: فإذا كان وضع اليد على تلك الأراضي هو من جهة الوقف فترجح بيّنة صاحب الأرض، وإذا كان وضع اليد في طرف بيت المال فترجح بيّنة المتولي الخارج أنظر المادة (١٧٥٧).

سؤال ـ إن التواتر يحصل بالآحاد فيحتمل في كل واحد من الآحاد الكذب فلذلك لا يكون خبرهم مفيداً علم اليقين، لأن المجموع هو نفس الآحاد وجواز كذب الآحاد يوجب جواز كذب المجموع لأن خبر كل واحد محتمل الكذب وبضم المحتمل إلى المحتمل يزداد الاحتمال؟

الجواب ـ إن حكم المجموع مخالف لحكم الآحاد، إذ يحصل من الجمع أمر لا يحصل من الواحد كالجنود إذ ان فرقة عسكرية تستطيع افتتاح مدينة، أما أولئك الجنود فإذا كانوا اثنين أو ثلاثة فلا يستطيعون فتحها كما أن عشرة من العمال يستطيعون حمل حمولة وزنها مائة أقة أما اثنان منهم أو أربعة فلا يستطيعون حمل ذلك، ومع أنه يمكن سحب السفينة بحبال فلا يمكن سحب أصغر زورق بالخيطان التي تتشكل منها الحبال (شرح المنار والتلويح بزيادة).

المادة (١٧٣٤) ـ (كما لا يشترط لفظ الشهادة في التواتر كذلك لا تتحرى العدالة بناء عليه لا حاجة إلى تزكية المخبرين).

فلذلك إذا طعن المشهود عليه المخبرين بالفسق وعدم العدالة فلا يعتبر طعنه سواء كان المخبرون مسلمين أو غير مسلمين حتى لو أن جمعاً غير محصور من رعايا دولة أجنبية أخبروا عن وفاة مليكهم فيحصل لنا علم يقين بذلك (التلويح) سواء أكان أولئك المخبرون عدولاً أم فساقاً. إلّا أنه إذا كان المخبرون عدولاً فيحصل علم اليقين بعدد قليل منهم أما إذا كانوا فساقاً فيجب عدد كثير لحصول العلم (كشف الأسرار).

المادة (١٧٣٥) ـ (ليس في التواتر عدد معين للمخبرين ولكن يلزم أن يكونوا جماً غفيراً لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب).

ليس في التواتر عدد معين للمخبرين على القول المختار - يعني أنه لم يعين ولم يحدد بأنه إذا كان عدد المخبرين كذا أو أزيد من كذا تكون البيّنة بينة تواتر وإذا كانت أنقص من ذلك كانت بيّنة عادية لأنه كما بين آنفاً إذا كان المخبرون ثقاة وعدولاً يحصل علم اليقين باخبار عشرة رجال (شرح المنار).

أما إذا كان المخبرون غير عدول فيجب عدد كثير لحصول العلم، وقد قال بعض العلماء: إن أقل عدد للمخبرين هو أربعة وقال بعضهم أنه سبعون إلاّ أن هذه الأقوال هي بلا دليل، فلذلك لم تلتفت إليها المجلة (التلويح في الركن الثاني ورمضان أفندي في شرح العقائد) وعلى هذه الصورة إذا قال القاضي حين استماع عشرة شهود في مقام التواتر أنه حصل له علم اليقين يصح حكمه إلاّ أن دائرة الفتوى للمشيخة الإسلامية قد اتخذت قراراً أنه لا يعتبر أخبار أقل من عشرين رجلاً تواتراً نظراً لفساد الزمان وكون قول كل قاض لا يقبل. إلاّ أنه يشترط في التواتر ثلاثة شروط.

الشرط الأول: يلزم أن يكون جماً غفيراً لا يجوز عقل القاضي اتفاقهم على الكذب سهواً أو خطأ أو عمداً (شرح المنار).

ويلزم دوام الكثرة في الشهود فيجب أن يكون آخره كأوله وأوله كآخره وأوسطه كطرفيه حتى أنه لو أخبر جم غفير غير محصور من الممكن أن يتفق لغرض من الأغراض على الكذب فلا يكون اخبارهم تواتراً (التلويح).

ويدعى اخبار الجم الغفير أحياناً اخبار الكل واخبار العامة واخبار كل صغير وكبير وعالم وجاهل وأحياناً الخبر المستفيض والأمر المشهور والأمر المكشوف وعلى ذلك يجب أن يكون المخبرون جماً غفيراً. ولا يشترط أن يكون بلدة المخبرين مختلفة ومحلاتهم مختلفة وبيوتهم بعيدة عن بعضهم البعض فلذلك يجوز تواتر أهالي مدينة أو أهالي قرية (البهجة).

الشرط الثاني: أن يكون المخبر به مبنياً على الحس سواء حس السمع أو البصر (كشف الأسرار).

فلذلك إذا أخبر جم غفير عن مسألة عقلية كمسألة حدوث العالم فلا يفيد ذلك العلم إذ ان حصول العلم في تلك المسائل العقلية إنما يكون بالاستدلال أنظر شرح المادة (١٦٩٨).

الشرط الثالث: أن يكون المخبر به ممكناً فلذلك إذا أخبر المخبرون بأمر مستحيل عقلاً فلا يحصل علم اليقين مطلقاً (التلويح).

خلاصة الباب الأول

تعريف الشهادة ـ الشهادة هي الاخبار بلفظ الشهادة يعني بقول: أشهد بإثبات حق الرجل الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي ومواجهة الخصمين.

تقسيمها ـ اما أن تتعلق بحقوق العباد، ويشترط في ذلك سبق الدعوى الصحيحة، ومطابقة الشهادة للدعوى، وهذه المطابقة تكون مقبولة إذا تطابقت لفظاً ومعنى أو تطابقت معنى ولم تتطابق لفظاً، اما إذا لم تتطابق لفظاً ومعنى فلا تكون مقبولة.

أو تتعلق بحقوق الله، وفي هذه الصورة لا يشترط سبق الدعوى فيها.

وشروط الشهادة على قسمين:

١ - شرط الأداء، على أربعة أصناف: (١) يعود على الشاهد، البلوغ، الحرية، البصر، النطق، العدالة، تقدم الدعوى في حقوق العباد، الذكورة والأصالة في الحدود والقصاص، تعذر حضور الأصل في الشهادة على الشهادة، ألا يكون الشاهد محدوداً بالقذف، وألاّ يكون خصماً وألاّ يكون للشاهد جر مغنم ودفع مغرم، وأن يكون الشاهد وقت الشهادة عالماً وذاكراً المشهود به، وأن يكون الشهود عدولاً (وهذا شرط قبول).

٢ ـ يعود على الشهادة ـ (١) لفظ الشهادة (٢) العدد في الشهادة في الأمور غير الممكن إطلاع الرجال عليها (٣) اتفاق الشاهدين.

٣ ـ يرجع إلى مكان الشهادة ـ وهو عبارة عن محل القاضي أنظر المادة (١٦٨٧).

٤ ـ يرجع على المشهود به.

الشروط العمومية

١ - يشترط تطابق الشهود في المشهود به فإذا اختلفوا فلا تقبل وهذا الاختلاف يكون اما في جنس المشهود به أو في سببه حيث يكون المشهود به إما ملكاً أو إقراراً (وله مستثنى) ويكون المشهود به بتاتاً أو إقراراً أو يكون المشهود به فعلاً أو قولاً (فإذا كان الفعل والقول متحداً فمقبول).

ويكون المشهود به لفعلين مختلفين أما بملك مؤرخ أو غير مؤرخ أو بملك مقيد أو غير مقيد.

٢ - إذا كان المشهود به مطابقاً للمدعى به تماماً فالشهادة مقبولة.

وإذا كان المشهود به أقل من المدعى به فالشهادة مقبولة وإذا كان المشهود به أكثر من المدعى به فالشهادة غير مقبولة والملك المطلق أكثر من الملك المقيد.

الشروط الخصوصية

١ - يجب في الشهادة على العقار بيان الحدود ولذلك مستثنى
٢ - في الشهادة على أصل الوقف يجب (أولاً) بيان الجهة (ثانياً) بيان الواقف إذا لم يكن الوقف قديماً.
٣ - يجب في الشهادة على الإرث.
١ - بيان سبب الوراثة وأنه وارث.
٢ - بيان الوسائط لحين التقاء المدعى بالمتوفي في أب واحد
٣ - أن يقول الشهود، لا نعلم أن للمتوفي وارثاً عدا فلاناً وفلاناً
٤ - أن يدرك الشهود الميت.

المشهود به

إما أن يكون ديناً وله ثلاث صور:
١ - أن يدعي المدعي مطلوبه في الحال وأن يشهد الشهود على الدين في الحال فهي مقبولة
٢ - أن يدعي المدعي مطلوبه في الحال وأن يشهد الشهود على الماضي فهي مقبولة على قول.
٣ - أن يدعي المدعي مطلوبه في الماضي وأن يشهد الشهود على الحال، فليحرر؟
إما أن يكون عيناً وله ثلاث صور، «١» - أن يدعي المدعي الملك في الحال وأن يشهد الشهود على الملك في الماضي فهو مقبول«٢» - أن يدعي المدعي الملك في الماضي وأن يشهد الشهود على الملك في الحال فلا يقبل«٣» - أن يدعي المدعي الملك في الحال وأن يشهد الشهود على الملك في الحال فهي مقبولة.

٢ - شرط التحمل: (١) يلزم في وقت التحمل العقل والبصر (٢) يجب تحمل المشهود به بإجراء المعاينة بنفسه وتكون هذه المعاينة على وجهين:

الوجه الأول: يكون بمعاينة السبب الموضوع لتلك الملكية.
الوجه الثاني: بمعاينة اليد التي هي دليل الملك وتحل الشهادة على الصورتين.

وفي الوجه الثاني يلزم شرطان. (١) أن يطلق الشاهد شهادته بدون أن يفسرها بمعاينة اليد فإذا فسرها لا تقبل(٢) أن يكون الشاهد مطمئناً بأن واضع اليد مالك أو أن يسمع من ثقة بأن المال المذكور هو لواضع اليد ويشترط أن يكون ذلك الثقة (١) عدلاً ومقبول الشهادة (٢) ألّا يكون خصماً أو مدعياً كالوارث والموصى له «٣» أن يكون نصاب الشهادة أن يكون لفظ الشهادة.

١ - إذا قال المشهود عليه أن الشهود صادقون في شهادتهم أو عادلون أو أن شهادتهم عليّ جائزة فيكون قد أقرّ بالمدعى به.

٢ - فإذا لم يقل ذلك بل طعن ففي هذه الصورة يطلب من المشهود عليه بيّنة (ولذلك مستثني) فإذا أثبت لا تقبل شهادتهم وإن لم يثبت فتقبل شهادتهم بعد التزكية (وللتزكية شروط).

فإذا اتهم الشهود فهذه التهمة أما أن تكون من جهة الشاهد كالفسق والعمى، أو من جهة المشهود عليه كأن يكون صلة خاصة بين الشاهد والمشهود له أو لدليل شرعي كأن يكون الشاهد محدوداً في القذف وأما إذا جرح فالجرح أما جرح مجرد كالجرح الذي لا يتضمن حقوق الله وحقوق العباد كقوله إن الشهود فسقة وحكمه إذا أخبر المشهود القاضي بذلك سراً وأثبته يرد القاضي شهادة الشهود وإذا أخبره علناً وأثبته فيقبل على قول قبل التعديل والتزكية حيث إن الدفع أسهل من الرفع أما بعد ذلك فلا يقبل، لأن الذين يشهدون على الجرح المجرد هم فسقة لإظهارهم الفاحشة وعلى قول لا يقبل بعد التعديل والتزكية ولا قبلها لأن فسق الفاسق يرتفع بالتوبة.

٢ - الجرح المركب هو الجرح الذي يتضمن حقوق الله أو حقوق العباد كقول المشهود عليه انهما قد سرقا نقودي وحكمه إذا أثبته المشهود عليه أن ترد شهادة الشهود وفي الجرح الذي يتعلق بحقوق العباد يلزم الشهود اليمين، والمسألة الأخرى التي يلزم فيها الشهود اليمين مذكورة في المادة «١٧٢٧».

رجوع الشهود عن شهادتهم، والاعتبار في الرجوع عن الشهادة هو على الباقي على الشهادة وليس على الراجع عن الشهادة، وركن الرجوع عن الشهادة قول الشاهد رجعت عن شهادتي شهدت زوراً وما أشبه ذلك من الألفاظ ولا يعد إنكار الشهادة رجوعاً عنها.

شرطه ـ أن يكون في مجلس القاضي (وله مستثنى) تقسيمه، أما قبل القضاء وله ثلاثة أوجه:

١ ـ يكون على سبيل التوبة والندامة؛ فلا يجب التعزير فيه ٢ ـ يكون رجوعاً من غير توبة فيجب التعزير فيه ٣ ـ ألا يعرف الرجوع هل هو على سبيل التوبة أو على غير هذا السبيل، وقد اختلف في لزوم التعزير، أما بعد القضاء؛ فاذا رجع عن الكل أو بعض الشهادة فلا ينقض الحكم بل يضمن المحكوم به للشهود إلّا أنه يشترط في ضمانه للشهود ثلاثة شروط:

١ ـ أن يكون التلف حاصلاً بشهادة الشهود فاذا أنضم إليه امر آخر فلا ضمان على الشهود.

٢ ـ أن يكون المتلف مالاً فاذا كان منفعة كالنكاح والعفو عن القصاص والايصاء فلا يلزم ضمان.

٣ ـ أن تكون ازالة الملك حاصلة بغير عوض، فاذا كان بعوض كمسائل الرهن والشفعة فلا يكون موجباً للضمان.



الباب الثاني

في بيان الحجج الخطية والقرينة القاطعة

وينقسم إلى فصلين

الفصل الأول

في بيان الحجج الخطية

قد بين شرحاً في أول المادة « ١٦٠٦» في حق العمل بالخط بعض إيضاحات فيجب الرجوع إليها.

المادة «١٧٣٦» (لايعمل بالخط والخاتم فقط أما إذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع فيكون معمولاً به أي يكون مداراً للحكم ولا يحتاج للاثبات بوجه آخر)

لا يعمل بالخط والخاتم فقط لأن الخط الواحد يشبه الخط الآخر والخاتم يشبه الخاتم الآخر فيكون فيه شائبة التزوير والتصنيع.

وتحتوي هذه المادة على ثلاثة أحكام:

الحكم الأول: وهو أنه لا يعمل بالخط فقط لان خط الواحد يشبه خط الآخر فلذلك إذا كان خط زيد مشابهاً لخط عمرو تماماً وعمل بذلك الخط فيكون قد اتخذ ذلك الخط حجة ودليلاً ضد عمرو ولأنه كما يكتب الخط ليكون حجة ودليلاً فانه يكتب أيضاً لتحسين الخط ولتجربة العلم.

الحكم الثاني: ١ ـ لا يحكم بالخاتم فقط؛ لأنه يشبه الخاتم الخاتم الآخر ٢ ـ من الممكن حفر خاتم مطابق لخاتم ٣ ـ من الممكن أن يقع في يد آخر خاتم شخص وأن يختم به سنداً ضد ذلك الشخص لا سيما إذا توفي صاحب الخاتم فتزيد الشبهة في السند المختوم بخاتم المتوفي ٤ ـ ان النقاش الذي يحفر الخاتم لاحد يستطيع قبل تسليم الخاتم لصاحبه أن يختم على السند الذي رتبه فلذلك لا يعمل بالخاتم فقط فعليه لو قال المدعى عليه: أن الخاتم الموجود في هذا السند هو خاتمي إلاّ أنني لم اختمه وبتعبير آخر لو اقر بالخاتم فقط فلا يكون قد اقر بالدين أما لو قال: ان الخاتم

ختمي وأنا الذي ختمت السند به ففي تلك الحال يعمل بالسند.

الحكم الثالث: لا يعمل أيضاً بالخط والخاتم معاً لأنه ما دام يوجد شبهة تزوير في الآحاد فتوجد هذه الشبهة في المجموع أيضاً. فقط ـ أي ما لم يثبت مضمونه بحجة شرعية أو بشهادة عادلة ويتفرع على هذه الفقرة المسائل الآتية.

١ ـ لا يعمل بكتاب القاضي إلى القاضي فقط أما إذا ثبت مضمون كتاب القاضي بشهود الطريق فحينئذ يعمل به كما سيبين ذلك في شرح باب القضاء.

٢ ـ لا يعمل بمجرد الوقفية فقط ما لم يثبت مضمون الوقفية بالشهود المعتبرة أنظر مادة « ١٧٣٩» تقسيم الخط والخاتم ـ ويقسم الخط والخاتم على قسمين:

القسم الأول: أن يكون الخط والخاتم قد أعطي من صاحب الخط والخاتم على أن يستعمل عليه سند وحجة ويتفرع على ذلك المسائل الآتية:

أولاً ـ السند الذي يعطيه انسان بأنه مدين لفلان بعشرة دنانير أو أنه باع ماله الفلاني لفلان أنظر المادة « ١٦٠٩».

ثانياً ـ القيد المحرر بخط يده في دفتره بأنه مدين لفلان بكذا درهماً أنظر المادة (١٦٠٨).

ثالثاً ـ أن يوجد كيس في صندوقه مملوء بنقود ومحرر عليه بأنه مال فلان وانه امانة في يده أنظر المادة « ١٦١٢».

القسم الثاني: الخط والخاتم الذي حرره ليكون حجة لشخص ثان وضد شخص ثالث كالحجج الشرعية وقيود الطابو (دفتر خاقاني).

أما إذا كان قسما الخط والخاتم سالمين من شبهة التزوير والتصنيع فيكون معمولاً به أي مداراً للحكم ولا يحتاج للاثبات بوجه آخر كما بين في الباب الرابع من كتاب الاقرار، وتتفرع المسائل الآتية ـ أولاً ـ يعمل كما بين في المادة (١٧٣٧) بالبراءات السلطانية وبقيود الدفتر الخاقاني.

ثانياً ـ يعمل بسجلات المحاكم كما هو مبين في المادة «١٧٣٨».

المادة «١٧٣٧» ـ «البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية لكونها أمينة من التزوير معمول بها» ـ أي امينة وسالمة من شبهة التزوير والتصنيع.

ان البراءات السلطانية أمينة من التزوير؛ لأن هذه البراءات إنما تعطى بعد صدور الارادة السنية الملوكية ثم تسجل الارادة المذكورة في قلم الديوان الهمايوني وهذا السجل يحفظ في امكنة حريزة كما أنه قد وضع عقوبات شديدة على من يرتكب جريمة التزوير فيها. فلذلك لو وجد أمر سلطاني مقيد ومحفوظ يتضمن عدم سماع الدعوى في الخصوص الفلاني فيعمل به ولا حاجة لاثبات مضمونه.

كذلك قيود الدفتر الخاقاني أمينة من التزوير والمقصود من قيوده هي الدفاتر التي جرى قيدها وتحريرها بكمال الاعتناء والتحقيق بصورة سالمة من الشبهة في زمن السلاطين الماضية العثمانية ولا سيما في زمن السلطان سليمان والسلطان مراد الثالث.

من طرف اصحاب الكمال وأرباب الفعل والاستقامة الذين جرى انتخابهم ليحرروا فيها القرى والمزارع والمراعي والمشتى والاراضي السائرة مع بيان جهات ارتباطها والبالغ عددها تسعمائة وسبعين دفتراً - وهذه الدفاتر هي محفوظة الآن في مخزن مأمون في دائرة الدفتر الخاقاني له اربعة ابواب حديدية متينة فاذا اريد تبديل ارتباط قطعة أرض من الأراضي المقيدة بالدفاتر المذكورة القديم لمساغ شرعي فبعد استحصال الارادة السنية بذلك وبعد ورود الفرمان السلطاني من قلم الديوان الهمايوني يسجل المأمور الموظف لذلك الأمر خلاصة الفرمان السلطاني في حضور أمين الدفتر الخاقاني على القيد الموجود في الدفتر بخط يده ويضع امضاءه بذيله ثم يعيد الدفتر المذكور إلى المخزن كما أن الفرمان السلطاني يحفظ بمعرفة موظف مخصوص.

ان هذه الأصول التوثيقية التي وضعت في الزمان القديم قد بقي العمل بها إلى الوقت الحاضر بدون اخلال، وحوفظ عليها بكمال الاعتناء؛ فلذلك لم يطرأ على القيود المذكورة اي خلل أو فساد بل بقيت بريئة من شبهة التزوير والتصنيع. وقد بين شيخ الاسلام علاء الدين بأنه يعمل بهذه القيود بلا بينة كما أنه قد افتى مشائخ الإسلام الآخرون بذلك؛ فلذلك إذا وجد في دفاتر الدفتر الخاقاني أن المحل الفلاني وقف على المدرسة الفلانية فيعمل بذلك بدون حاجة لاثبات مضمونة «التنقيح ورد المحتار»؛ ويفهم من هذه التفصيلات؛ أن الأراضي المقيدة في هذه الدفاتر هي الأراضي العائدة للعموم وللمؤسسات الخيرية ولم يكن مقيداً بها الأراضي التي في عهدة اشخاص بموجب سندات خاقانية.

ان قيد الأراضي التي في عهدة اشخاص أو الاملاك المملوكة لهم كالدار والدكان والعرصات والمستغلات الوقفية التي هي في تصرف اشخاص بالاجارتين موجودة في دائرة السندات.

أن الاصول المتبعة في تبديل هذه القيود وفي نقلها من أسم لآخر ليست بحيث تكون سالمة من التزوير والتصنيع كما أن المعاملات التي تجري في البلاد العثمانية الأخرى هي بعيدة جداً عن أن تكون معتمدة ومأمونة حتى انني شاهدت في بعض أوراق الدعاوي في السندات المخصوصة للاملاك الصرفة في خانة جهة أعطاء السند أنه حق القرار كما أنه شوهد في احدى صحائف الدفتر المخصوص أن الدار المقيدة باسم زيد قد قيدت في صحيفة أخرى من ذلك الدفتر على اسم عمرو بدون أن يبين كيفية انتقال الدار المذكورة من زيد إلى عمرو ومع أن المقصود من القيود والدفتر خاقاني في هذه المادة هي الدفاتر المخصصة المار ذكرها والمعتنى بها إلّا أن أكثر القضاة لعدم اطلاعهم على هذه التفصيلات فقد حكموا بجميع السندات التي تنظم في دائرة الدفتر الخاقاني بلا بينة ولا تدقيق وسببوا بذلك اضاعة حقوق العباد.

إن بعض القوانين التي نشرت أخيراً قد صرح فيها بالعمل بالقيود الخاقانية بصورة عمومية إلا أن ذلك لا يبرر العمل بمضمون تلك القيود بلا بينة، إلا أنه إذا كانت تلك القيود حائزة لمزية تبعدها عن شبهة التزوير والتصنيع فحينئذ يعمل بها بلا بينة، فعليه إذا عمل بتلك القيود وحكم بها بصورة مطلقة يكون ذلك داعياً لإبطال الحقوق. فلذلك لو ادعى أحد المزرعة الأميرية التي تحت يد آخر قائلاً، إنك قد أفرغت لي هذه الأرض بإذن صاحب الأرض فهي لي فلا يعمل بالسند المجرد المعطى للمدعي المؤيد لإفادته هذه لأنه حسب المادة «١٨٣٦» لا يعمل بالخط فقط كما أن هذا القيد والسند غير سالم من التزوير والتصنيع فعلى هذا الحال يجب إثبات وقوع الفراغ بالصور الأخرى، وهو أنه إذا وجد ضمن أوراق الفراغ توقيع أو ختم يتضمن فراغ المدعى به للمدعي وكان الفارغ مقراً بذلك فيثبت الفراغ توفيقاً لأحكام المواد «١٦٠٦و ١٦٠٩و ١٦١٠» كما أنه يثبت الفراغ بشهادة الشهود المعتبرة وإلا يحلف الخصم اليمين بالطلب.

كذلك لو ادعى إثنان التصرف في محل معين وأبرز كل واحد منهما سنداً خاقانيا «سند طابو» كما يقع في الأكثر فلا يحكم بمجرد تلك السندات لأحدهما مستقلاً أو لهما بالاشتراك بل يعتبر الخارج مدعياً وذو اليد مدعى عليه ويطلب بينة من المدعي توفيقاً لكتاب البينات وكتاب القضاء فإذا أثبت فبها وإذا لم يثبت يحلف المدعى عليه بالطلب فإذا حلف المدعى عليه اليمين أو لم يطلب المدعي تحليفه فترك الأرض في يد واضع اليد ولا يقال في الحكم إن هذه الأرض للمدعى عليه وقد حكمتِ بها له مثلاً: إذا كان إثنان متصرفين في أرض بالاشتراك وادعى أحدهما التصرف بالاستقلال وادعى الآخر التصرف بالاشتراك وأبرز كل منهما «سند طابو» فلا يحكم بموجب السندين بل يعمل بموجب المادة «١٧٥٦».

كذلك إذا تنازع إثنان خارجان في أرض وادعى كل منهما التصرف مستقلاً وأبرز كل منهما سنداً خاقانياً مؤيداً لادعائه فلا يحكم بموجب ذينك السندين بل يعمل توفيقاً للتفصيلات المبينة شرحاً قبيل المادة «١٦٥٧»

المادة(١٧٣٨)- (يعمل أيضاً بسجلات المحاكم إذا كانت قد ضبطت سالمة من الحيلة والفساد على الوجه الذي يذكر في كتاب القضاء).

يعمل أيضاً بسجلات المحاكم الممسوكة بصورة سالمة من الحيلة والفساد، وبتعبير آخر أي من التزوير والتصنيع كما سيبين ذلك في المادة «١٨١٤» من كتاب القضاء.

أما إذا لم تكن سجلات المحاكم بريئة من التزوير والتصنيع فيطلب شهود لاثبات مضمونها ويشهد الشهود على مضمون الاعلام هكذا: نحن حضرنا مرافعة القاضي الفلاني وحكمه وقد حكم القاضي المذكور بعد المرافعة الشرعية على الوجه الفلاني «النتيجة» ولا يلزم من يشهد على مضمون تلك الاعلامات أن يذكر أسماء الشهود الذين شهدوا في الخصوص المذكور في الاعلام «البهجة». وقد نشر بتاريخ ٤ جمادي الأولى سنة ١٢٩٦ تعليمات بتنظيم السندات الشرعية التي

يعمل ويحكم بمضمونها بلا بينة، حاوية ٢٥ مادة وصادرة بإرادة سنية [1].

فلذلك فالاعلامات والسندات التي أعطيت بعد تاريخ التعليمات السنية المذكورة يجوز الحكم بمضمونها بلا بينة، أما الاعلامات والسندات التي أعطيت قبل ذلك فلا يجوز الحكم بمضمونها بلا بينة بل يجب طلب البينة على مضمونها.

المادة (١٧٣٩)- (لا يعمل بالوقفية فقط أما إذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه على الوجه المبين أعلاه فيعمل بها).

لا يعمل بالوقفية فقط بلا ثبوت مضمونها فلذلك إذا ادعى أحد وقفية العقار الذي تحت يد شخص آخر وأبرز لإثبات دعواه المذكورة وثيقة حاوية خطوط القضاة السابقين والشهود العدول فلا يحكم القاضي بذلك بوقفية ذلك العقار أنظر المادة (١٧٣٦) بل يطلب شهوداً لإثبات مضمون تلك الوقفية؛ فإذا ثبت مضمون الوقفية بالبينة يحكم بموجبها بعد التعديل والتزكية.

أما الوقفية المقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد على الوجه المبين في المادة الآنفة فلا حاجة لإثبات مضمونها بل يعمل بها فقط حيث أن الخط والخاتم معمول به إذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع كما ذكر ذلك في الفقرة الأخيرة المادة (١٧٣٦) والمعتاد الا يزور سجل القاضي.

الفصل الثاني

في بيان القرينة القاطعة

المادة (١٧٤٠) - (القرينة القاطعة أحد أسباب الحكم أيضاً)

أسباب الحكم سبعة ، (١) القرينة(٢) الشهادة (٣) الإقرار (٤) اليمين(٥) النكول عن اليمين(٦) القسامة(٧) علم القاضي على قول.

القرينة القاطعة - قد عرفت ووضحت في المادة الآتية.
الشهادة - قد بينت في الباب الأول من هذا الكتاب.
الإقرار - قد بين في كتاب الإقرار كما أنه سيبين أيضاً في المادة (١٨١٩).
اليمين - سيفصل في الباب الثالث من هذا الكتاب.
النكول عن اليمين - قد ذكر ذلك في المادة (١٧٤٢) كما أنه قد بين مسائل اليمين والنكول عن اليمين في المادتين (١٨١٩و ١٨٢١).

القسامة - هي تحليف خمسين شخصاً من أهالي المحلة التي وجد فيها القتيل بعد تحقق الأسباب والشرائط بكيفية مخصوصة.

---

(١) إن هذه التعليمات السنية ستدرج عيناً في آخر شرح كتاب القضاء.

مثلاً؛ إذا وجد قتيل في قرية وأنكر أهل القرية القتل فلولي القتيل أن يختار خمسين شخصاً من أهل القرية وأن يحلف كلا منهم بواسطة القاضي بأنه لم يقتل القتيل وأنه لا يعرف القاتل فإذا حلفوا اليمين على هذا الوجه يحكم على جميع أهل تلك القرية بالدية فإذا نكل بعضهم عن حلف اليمين ينظر فإذا كان ولي القتيل قد ادعى على أهل القرية قتلاً موجباً للقصاص ففي هذه الحال لا يحكم على الشخص الناكل عن اليمين بالدية بل يسجن إلى أن يحلف اليمين أو أن يقر بالقتل أما إذا ادعى ولي القتيل على أهالي القرية قتلاً موجباً للدية ففي هذه الصورة يحكم على الشخص الناكل عن اليمين بجميع الدية.

علم القاضي ـ إن علم القاضي بالشيء الذي سيحكم به هو من طريق القضاء على رأي بعض العلماء لأن المقصد من الشهادة هو معرفة طريق الحق وبما أن القاضي أمين فإن علمه أكثر من الشهادة (البخاري).

مثلاً لو أقرض إنسان آخر عشرة دنانير وشاهد القاضي ذلك في السوق قبل أن يتولى القضاء أو أثناء توليته القضاء ثم ادعى المقرض على المستقرض في حضور القاضي فأنكر المستقرض فللقاضي على قول أن يحكم بالقرض قائلاً: قد شاهدت القرض والاستقراض فلذلك حكمت عليك؛ إلا أن أكثر العلماء نظراً لفساد الزمان لا يعدون علم القاضي طريقاً للقضاء ومن أسباب الحكم لأن القاضي إذا حكم بعلمه يلقي نفسه تحت التهمة ويدعو إلى سوء الظن به ويكره أن يوجب أحد سوء ظن الناس فيه (الحارثي) [١].

فلذلك ليس للقاضي في هذا الزمن أن يحكم بعلمه وبما أن الفتوى على ذلك فلم تعد المجلة علم القاضي من أسباب الحكم. فعليه لو حكم القاضي في دعوى بناء على علمه فلا يصح ذلك الحكم (جامع الفصولين بزيادة).

والمقصد من علم القاضي هو علم القاضي الواقع في محل خارج عن مجلس الحكم. أما إذا استمع القاضي أثناء فصله الدعوى اقرار أحد المتخاصمين وحكم بذلك فالحكم صحيح بالاتفاق أنظر مادتي (١٨١٧و ١٥٧٨).

المادة(١٧٤١)ـ (القرينة القاطعة هي الإمارة البالغة حد اليقين مثلاً إذا خرج أحد من دار خالية خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم فدخل في الدار ورؤي فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون ذلك الشخص المذكور ربما قتل نفسه راجع المادة ٧٤).

القرينة القاطعة هي الإمارة البالغة حد اليقين. وبتعبير آخر هي القرينة الواضحة بحيث

(١) رحم الله امرأجب الغيبة عن نفسه.

يصبح الأمر في حيز المقطوع به (رد المحتار) والعمل بالقرينة القاطعة يجري في أبواب الفقه المختلفة وأمثلة ذلك على الوجه الآتي:

١ ـ مثال من العقوبات «١» لو رؤى شخص حاملاً خنجراً ملوثاً بالدماء وخارجاً من دار خالية وهو في حالة اضطراب ودخل إلى الدار فوراً فوجد رجل مذبوح فلا يشتبه أن ذلك الشخص هو القاتل لذلك المذبوح فإذا ثبت حال ذلك الشخص كما اشرنا بالشهود العدول فيحكم القاضي عليه بأنه قاتل عمداً ولا يلتفت إلا على الاحتمالات الوهمية كان يظن أن المذبوح قد ذبح نفسه أو أنه ذبحه شخص آخر وهدم الحائط وكان ذلك الشخص مختفياً وراء الحائط إلى غير ذلك من الاحتمالات الوهمية أنظر المادة (٧٤).

٢ ـ يجوز في حال ظهور إمارة حبس المتهم بالقتل أو بالجرائم الأخرى.

٣ ـ إذا قتل أحد شخصاً دخل إلى منزله فقال القاتل أن المقتول رجل فاسق سارق وقد دخل داري بقصد قتلي؛ فإذا كان المقول معروفاً بالجرائم والفسق والسرقة فلا يلزم القاتل قصاص ولكن تلزمه الدية استحساناً لأن دلالة الحال وإن كانت توجب الشبهة في القصاص إلا أنها لا توجبها في المال (معين الحكام).

٢ ـ مثال من الإقرار ـ لو أقر أحد موجود في غرفة بأنه مدين لفلان بكذا درهماً وسمع اقراره هذا الأشخاص الموجودون خارج الغرفة وعلى بابها وكان لا يوجد لتلك الغرفة منفذ أو مسلك ولا يوجد فيها شخص آخر وكان الذين سمعوا هذا الإقرار لا يشتبهون في شخصية المقر فللأشخاص المذكورين أن يشهدوا على الإقرار (معين الحكام) أنظر شرح المادة (١٦٨٢).

٣ ـ أمثلة من النكاح.

١ ـ للشخص الذي يسلم بنتاً ليلة زفافه أن يجتمع بها باعتبار أنها منكوحته ولو لم يشهد له شاهدان عدلان على ذلك وبتعبير آخر أن تسليم البنت المذكورة له تلك الليلة هي امارة وقد ثبت بها حل الملاقاة.

٢ ـ للناس الذين يشاهدون معاشرة رجل مع امرأة معاشرة الأزواج أن يشهدوا أن تلك المرأة هي زوجة ذاك الرجل حال كونهم لم يحضروا عقد النكاح ولم يعاينوه بالذات أنظر شرح المادة (١٦٨٨).

٤ ـ أمثلة من البيانات.

أولاً: مسألة انقطاع ماء الطاحون أنظر الفقرة الأخيرة من المادة (١٧٧٦).

ثانياً: مسألة قدم أو حدوث مسيل الماء الذي يسير إلى دار أحد أنظر المادة (١٧٧٧).

ثالثاً ـ إذا وجد على كناس شال ذو قيمة وهو خارج من بيت احد وتنازع صاحب الدار مع الكناس على ذلك الشال يكون الشال لصاحب الدار.

رابعاً ـ إذا دخل التاجر الذي يبيع الاسهال البالية وهو حامل بعض تلك الأموال وبعد خروجه اختلف مع صاحب الدار على تلك الأموال فالقول للتاجر الذي يشتغل ببيع تلك الأموال.

خامساً ـ إذا وجد بائع دقيق مع ربان في قارب وادعى كل منهما أن الدقيق والقارب ملكه فيحكم بالدقيق لتاجر الدقيق ويحكم بالقارب للربان.

سادساً ـ إذا اختلف اثنان في ملكية حائط فيحكم بالحائط لمن له اتصال تربيعي فيه أو لمن جذوعه موضوعة على ذلك الحائط لأن ذلك دليل على سبق اليد (الدرر).

سابعاً ـ يحق لمن يشاهد تصرف أحد في مال تصرف ملاك أن يشهد لدى الحاجة أن ذلك المال هو ملك لواضع اليد أنظر شرح المادة (١٦٨٢).

ثامناً ـ إذا اختلف الزوجان في امتعة البيت فيحكم بالامتعة الصالحة للنساء للزوجة وبالامتعة الصالحة للرجال للزوج أنظر المادة (١٧٧١).

تاسعاً ـ يحق لمن شاهد فلواً يتبع فرس شخص وهو يرضع من تلك الفرس أن يشهد أن ذلك الفلوهو ملك صاحب الفرس نتاجاً «الحموي».

عاشراً ـ يحق لمن شاهد احداً أقر بشيء ولم يكن فيه اثر للمرض، أن يشهد بأنه قد اقر في حال صحته والعكس بالعكس.

فعليه إذا كان المقر حين اقراره مريضاً في فراشه أو كان ظاهراً أثر المرض عليه فللشهود أن يشهدوا بأنه كان مريضاً وقت الاقرار فاذا قال المقر اني في حال صحتي فاذا كان حاله الظاهريدل على حال صحته فلهم أن يشهدوا بصحته وإلّا فيذكرون قوله أنه كان في حال الصحة والعافية على طريق الحكاية وعندما يحكي الشهود قول المقر يسأل القاضي الشهود: هل كان الحال الذي يدل على مرضه ظاهراً فاذا قال الشهود أنه كان ظاهراً مرضه فلا يعمل بقول المريض بأنه كان في حال الصحة وإلّا فيعمل (الحموي).

٥ ـ مثال من الدعوى:

لا تسمع دعوى من يرى قريبه يبيع مالاً من آخر ويسكت ومن يرى بيع أحد من الأجانب مالاً ويشاهد تصرف المشتري فيه ويسكت كما جاء في المادة (١٦٥٩).

٦ ـ امثلة من الهبة:

أولاً ـ يجوز قبول الهدايا من ايدي الصبيان والعبيد وبتعبير آخر إذا احضر ولد صغير هدية إلى آخر قائلاً: (أن والدي ارسل هذه اليك) فللمهدى إليه أن يقبلها ويأخذها حال كونه من المحتمل أن يكون قول الصبي خلاف الواقع.

ثانياً ـ للضيف أن يأكل من الطعام الذي وضع أمامه بلا اذن صريح.

ثالثاً ـ يجوز التقاط قشور البطيخ الملقاة في الطرقات وشرب الماء من الحباب المسبلة.

خلاصة الباب الثاني

لا يعمل بالخط والخاتم فقط لأن فيهما شائبة تزوير والخط والخاتم على قسمين:

الأول ـ الخط والخاتم الذي أعطاه أحد لآخر ليكون حجة عليه.

الثاني ـ الخط والخاتم الذي اعطاه ليكون حجة للشخص الثاني وحجة على الشخص الثالث وهي الحجج الشرعية الموافقة للتعليمات السنية المؤرخة في ٤ جمادى الأولى سنة ١٢٩٦ وسجلات المحاكم السالمة من الحيلة والفساد وقيود الدفتر خاقاني، لأنها معمول بها.

أسباب الحكم سبعة:

١ ـ القرينة القاطعة وهي الامارة البالغة حد اليقين.

٢ ـ الشهادة، أنظر خلاصة الباب الأول وكذا التواتر من أسباب الحكم. والتواتر هو خبر جماعة مستند على الحس لا يجوز ولا يتوهم العقل اتفاقهم على الكذب ولا يثبت المستحيل العقلي بالتواتر

والخبر؛ اما أن يكون مقطوعاً بصدقه، كالخبر الصادق والمتواتر والضروريات، أو مقطوعاً بكذبه وهو المعلوم خلافه ضرورة أو استدلالا.

والتواتر يفيد علم اليقين فلذلك لا يقام بينة ضده.

٣و٤و٥ ـ الاقرار واليمين، «أنظر خلاصة الباب الثالث» والنكول عن اليمين.

٦ ـ القسامة؛ وهي عبارة عن تحليف خمسين شخصاً من أهالي المحل الذي وجد فيه القتيل بكيفية مخصوصة بعد تحقق الأسباب والشرائط.

٧ ـ علم القاضي على قول والمجلة لم تقبله.



الباب الثالث

في بيان التحليف

يطلق التحليف على تحليف احد الخصمين اليمين لتقوية أحد طرفي الخبر بالمقسم به وبما أن حلف اليمين الكاذبة ممنوع فكان من الواجب حسب حكم المادة (٣٥) ألا يجوز طلب حلف اليمين الكاذبة؟ وقد اجيب على هذا السؤال في شرح المادة المذكورة.

تحليف الصبي: إذا كان المدعى عليه صبياً وكان غير مأذون له يتوجه عليه اليمين فاذا وجه ونكل فلا يحكم عليه بل يجب تحليفه بعد البلوغ، أما إذا كان مأذوناً فيتوجه اليمين عليه عند بعض الفقهاء ويحكم بيمينه وبنكوله عن اليمين وهذا هو المفتى به. وعند بعض الفقهاء لا يتوجه عليه اليمين بل يجب تحليفه بعد البلوغ (الحموي والواقعات).

المادة (١٧٤٢) - (أحد أسباب الحكم اليمين أو النكول عن اليمين وهو أنه إذا اظهر المدعي عجزه عن اثبات دعواه يحلف المدعى عليه بطلبه ولكن إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: أنت وكيل فلانٍ وأنكر الوكالة فلا يلزم تحليفه، كذلك إذا ادعى كل من الشخصين المال الذي هو في يد آخر بأنه اشتراه منه وأقر المدعى عليه بأنه باعه لا حدهما وأنكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين. والاستئجار والارتهان والاتهاب كالاشتراء في هذا الخصوص).

أحد اسباب الحكم اليمين أو النكول عن اليمين أنظر المادة (٧٦) إلّا أن الحكم باليمين هو قضاء الترك والحكم بالنكول عن اليمين هو قضاء استحقاق أنظر مادة (١٦٨٧) وان نكول المدعى عليه عن حلف اليمين الموجهة إليه يعد اما بذلاً أو اعطاء أو اقراراً كما سيوضح في كتاب القضاء (الولولجية وفتح القدير).

سؤال - ان الحكم بالنكول عن اليمين مخالف للكتاب والسنة والقياس حيث قد ورد في القرآن الكريم﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾كما أنه قد ورد في الحديث الشريف (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) ولم يذكر النكول وتوجيه اليمين ابتداء للمدعى عليه هو لأن ظاهر الحال شاهد له على ما جاء في المادة الثامنة فاذا نكل المدعى عليه فقد اصبح ظاهر الحال شاهداً للمدعي فعلى ذلك كان يجب بعد نكول المدعى عليه عن اليمين أن يعود اليمين للمدعي (العناية) فلذلك قد ذهب الامام الشافعي رحمه الله إلى عدم الحكم بمجرد نكول المدعى عليه عن اليمين وعلى لزوم رد وتوجيه اليمين على المدعي بعد نكول المدعى عليه؟

الجواب ـ لا يوجد في الكتاب والسنة دليل يمنع جواز الحكم بالنكول عن اليمين لأن ذكر شيء بالتخصيص لا يدل على نفي الحكم عما عداه وقد انعقد اجماع الأمة على جواز الحكم بالنكول وقد طلب المدعى عليه الناكل من القاضي شريح أن يرد اليمين على المدعى عليه فأجابه شريح بأنه لا حق لك بذلك وحكم على الناكل وقد حضر هذه المحاكمة الامام علي وصوب رأيه؛ وبما أنه ثبت اجماع الأمة على ذلك فقد بطل القياس (العناية).

وهو أنه إذا أظهر المدعى عليه العجز عن اثبات دعواه يحلف المدعى عليه بطلبه اظهار العجز (أولاً) قول المدعي ليس لدي شاهد (ثانياً) قوله لدي شهود إلاّ أنهم ممتنعون عن الشهادة (ثالثاً) قوله: ان شهودي هم في محل سفر بعيد.

وتعبير ـ إذا اظهر العجز ـ يدل على أن المدعي لو قال: ان شهودي حاضرون فاطلب تحليف المدعى عليه اليمين أولاً ثم اقيم شهودي فلا يلتفت إليه لأن اليمين خلف عن البينة فلا يذهب إلى الخلف ما لم يحصل العجز عن الاصل الذي هو البينة (الولوالجية في آداب القاضي وصرة الفتاوى).

بطلبه ـ بما أن اليمين حق المدعي فيجب في التحليف طلب المدعي فعلى ذلك إذا حلف المدعى عليه يحكم بمنع المعارضة وإذا نكل يحكم بالمدعى به أنظر المواد (١٨١٨ و١٨١٩ و١٨٢٠).

فاذا حلف المدعى عليه اليمين فلا يبطل حق المدعي فلذلك إذا ظفر المدعي بعد اليمين ببينة فله اقامتها واثبات دعواه وفي تلك الحال يحكم بالمدعى به للمدعي لأن عمر قد قبل بعد يمين المنكر بينة المدعي كما أن القاضي شريح قد قال اليمين الفاجرة أحق بالرد من البينة العادلة (فتح القدير).

أما إذا لم يكن لدى المدعي شهود فليس له تكرار المعارضة (صرة الفتاوى).

قاعدتان في المسائل التي يتوجه فيها اليمين على المدعى عليه والتي لا يتوجه فيها اليمين عليه.

القاعدة الأولى ـ كل موضع إذا اقر فيه يكون ملزماً فاذا أنكر تلزمه اليمين إلاّ أنه قد استثني من هذه القاعدة ست وعشرون مسألة ولنبادر إلى بيان بعضها:

١ ـ إذا ادعى أحد على آخر بقوله: أنت وكيل فلان وأنكر الوكالة فلا يلزم تحليفه حيث أن للوكيل أن يعزل نفسه فانكار الوكيل الوكالة هو عزل لنفسه من الوكالة أنظر المادة (١٥٢٢).

فعليه إذا كلف الوكيل لحلف اليمين ونكل عن الحلف فلا تثبت الوكالة حيث أن له عزل نفسه بعد ذلك إلاّ أنه ليس للوكيل في الوكالة التي يتعلق فيها حق الغير أن يعزل نفسه عن الوكالة بل هو مجبور على إيفائها فلذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: (انك وكيل ببيع مال فلان المرهون عندي) وأنكر المدعى عليه فهل يتوجه على الوكيل يمين والظاهر لزوم اليمين إلاّ أنه يجب تحري مسألتها.

٢ ـ كذلك إذا ادعى كل من الشخصين المال الذي هو في يد آخر بأنه اشتراه منه واقر المدعى عليه بأنه باعه من احدهما وأنكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين لأنه باقراره المذكور قد اصبح المال للمقر له وبنكوله عن حلف اليمين للمدعي الآخر لا يكون المال للآخر فلا يكون فائدة من تحليفه اليمين (رد المحتار) لان اليمين إذا كانت بذلاً فليس لاحد أن يبذل أو يحسن بمال غيره وإذا كانت اقراراً فلا يجوز الاقرار على الغير أنظر المادة (٧٨).

وتعبير الاشتراء في تلك المسألة هو للاحتراز من الغصب والوديعة لأن الحكم فيهما خلاف ذلك وهو أنه: ـ إذا ادعى اثنان المال الذي في يد أحد قائلاً كل منهما في دعواه: قد غصبت من هذا المال فأقرّ المدعى عليه بالغصب من أحدهما وأنكر دعوى الآخر فيسلم ذلك المال للمقر له ويتوجه عليه اليمين للمدعي الآخر فإذا نكل عن اليمين يضمن بدل المال للآخر (الولواجية في الفصل الرابع من الدعوى والأنقروي).

الوديعة ـ إذا ادعى اثنان المال الذي في يد أحد قائلاً كل منهما في دعواه: ان المال المذكور هو مالي قد سلمته وديعة للمدعى عليه فأقر المدعى عليه لأحدهما وأنكر دعوى الآخر فتسلم تلك الوديعة للمقر له ويحلف عند الإمام الثالث بالطلب للمدعي، لأن المدعى عليه بعقد الوديعة هو ملتزم الحفظ للمودع وبإقراره للمقر له يكون قد سلطه لأخذ وضبط الوديعة وترك الحفظ الواجب عليه بالعقد فوجب عليه الضمان للآخر أما عند الامام الثاني فيلزمه اليمين للآخر لأن تسليم الوديعة للمقر له واقع بحكم الحاكم فلا يوجب ذلك ضماناً على المقرر الولواجية في آداب القاضي.

٣ - إذا ادعى اثنان المال الذي في يد آخر ـ الملك المرسل المطلق يعني إذا ادعى كل منهما أن المال المذكور هو ماله فأقر المدعى عليه بالمال المذكور لهما فيسلم المال لهما ولا يضمن لأحدهما شيئاً، أما إذا أقر أن المال المذكور هو لأحدهما وأنكر دعوى الآخر ففي المسألة ثلاثة أوجه.

الوجه الأول: أن يقر قبل إقامة البيّنة ويقبل هذا الإقرار ولا يتوجه عليه اليمين للآخر لأنه بادعاء المدعيين المجرد لا تبطل يد المدعى عليه وملكيته فإقراره يكون قاصراً على نفسه ومعتبراً ولا فائدة بعد ذلك من تحليفه اليمين للغير لأنه لو نكل فلا يحكم بالمال الذي أعطى للمقر له بحكم القاضي إلّا أنه في هذا الحال لذلك المدعي أن يقاضي المقر له وفي مثل هذه الدعوى أي في دعوى الملك المرسل ـ المطلق ـ إذا أنكر ذو اليد دعوى المدعيين فيحلف بطلبهما دفعة واحدة على قول وعلى دفعتين على قول آخر أي أنه يحلف لكل واحد منهما منفرداً (الأنقروي) وللقاضي أن يحلف أولاً لمن يريد وله أن يعين بالقرعة من يجب تحليفه قبلاً تطييباً للقلوب فإذا نكل أولاً عن الحلف لأحدهما فلا يحكم القاضي بهذا النكول في الحال بل يحلفه له من أجل الثاني (الولواجية في آداب القاضي) فإذا حلف للاثنين يبرأ المدعى عليه وإذا حلف لأحدهما ونكل عن الحلف للآخر فيحكم بمجموع المال للمدعي الذي نكل عن حلف اليمين إليه.

الوجه الثاني: الإقرار بعد إقامة البيّنة وقبل التزكية.

الوجه الثالث: الإقرار بعد إقامة البيّنة والتزكية وفي هاتين الصورتين لا يصح الإقرار (الأنقروي).

الفرق - مع أنه في صورة الإقرار لا يلزم اليمين على الآخر إلّا أنه في حالة النكول عن اليمين لأحدهما يتوجه عليه اليمين للآخر والفرق هو أن الإقرار موجب للحق بنفسه وغير موقوف على قضاء القاضي أما النكول فليس بإقرار لا نصاً ولا دلالة الّا أنه ينزل منزلة الإقرار بقضاء القاضي وبما أنه لا يثبت الإقرار بالنكول فلا يثبت الحق (الولواجية في آداب القاضي) وتفصيل هذه المسألة في الهندية في الفصل من الباب الثالث من الدعوى.

٤ - والاستئجار والارتهان والتسلم والاتهاب والتسيم في هذا الخصوص كالاشتراء.

الاستئجار - إذا ادعى اثنان بأن كلاً منهما استأجر المال الذي في يد زيد لمدة سنة وأقرّ المدعى عليه انه آجر ذلك المال لأحدهما وأنكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين حيث ان منافع تلك المدة أصبحت للمقر له فإذا نكل عن اليمين للآخر فلا تصبح تلك المنافع للآخر فلذلك لا فائدة من التحليف، أما إذا أنكر إيجاره الاثنين ولدى تكليفه للحلف نكل عن اليمين لأحدهما فلا يحكم للآخر. ومسائل الارتهان والاتهاب سواء في الإقرار أو في النكول عن اليمين لأحد المدعين فالحكم فيها على الوجه المشروح.

٥ - إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر بأنه اشتراه منه بثمن كذا وادعى آخر بأنه استأجر أو ارتهن ذلك المال فإذا أقرّ المدعى عليه لمدعي الشراء فلا يتوجه عليه اليمين للآخر مدعي الاستئجار والارتهان أي لا يحق للمدعي الآخر أن يطلب تحليفه على الإيجار أو الرهن لأنه بالإقرار المذكور أصبح المال المذكور ملكاً لمدعي الشراء فلا يجوز له أن يؤجر أو يرهن مال الغير انظر المادة (٩٦).

أما إذا أقر اولا لمدعي الإيجار أو الارتهان فيحلف للآخر مدعي الشراء فإذا حلف تنتهي المسألة وإذا نكل يثبت البيع وفي هذا الحال يكون المشتري مخيراً إن شاء انتظر لحين فك الرهن أو انقضاء الإجارة وإن شاء فسخ الإجارة (الهندية في الفصل السادس من الباب الثاني من الدعوى) أنظر المادتين (٥٩٠ و٧٤٧).

٦ - إذا ادعى اثنان المال الذي في يد زيد فادعى أحدهما بأنه قد أخذ ذلك المال صدقة وقبضه وادعى الآخر أنه اشتراه منه فإذا أقرّ المدعى عليه لأحدهما فلا يحلف للآخر. لأن الملكية قد ثبتت للمقر له وبالنكول عن اليمين للآخر لا يبقى أمل في ثبوت الملكية للآخر فلا يكون فائدة في التحليف (رد المحتار).

٧ - إذا اشترى أحد عقاراً وادعاه شفيع بالشفعة فأنكر المدعى عليه الشراء وأقر بأنّ العقار هو لولده الصغير فإذا لم يثبت الشفيع الشراء بالبيّنة فليس له تحليف المدعى عليه لأن إقرار المشتري لابنه الصغير صحيح فلا يجوز له بعد ذلك الإقرار لآخر (الولواجية في الفصل الرابع من الدعاوي).

٨ - إذا أراد الوكيل بالشراء رد المال الذي اشتراه لموكله للبائع لعيبه القديم فادعى البائع بأن الموكل قد رضي بالعيب القديم وأنكر الوكيل ذلك فلا يتوجه اليمين على الوكيل على عدم العلم. أما إذا أقر الوكيل برضاء موكله بالعيب فليس له رد المبيع.

٩ - إذا طلب الوكيل بالقبض مطلوب موكله فادعى المدين بأن الموكل قد أبرأه من الدين أو أن الموكل قد استوفى منه الدين فلا يحلف الوكيل على عدم العلم. أما إذا أقر الوكيل بقبض موكله فتنقطع مخاصمة الوكيل (رد المحتار).

١٠ - للدائن الذي له دين على متوف توفي وتركته مستغرقة بالديون أن يدعي ويثبت دينه في مواجهة أحد الورثة إلّا أنه ليس له تحليف الوارث لأنه إذا أقر الوارث بدين المتوفي فلا يعتبر إقراره ولذلك لا يتوجه عليه اليمين (رد المحتار).

١١ - إذا ادعى المشهود عليه بعد الشهادة والحكم بأن الشاهد قد رجع عن شهادته وأنكر الشاهد رجوعه فلا يحلف الشاهد. أما إذا أقر الشاهد برجوعه عن الشهادة فيلزمه ضمان المشهود به أنظر المادة (١٧٣١) رد المحتار.

١٢ - إذا دعى المشهود عليه أن الشاهد كاذب وطلب تحليف المدعي على عدم علمه بكذب الشاهد فلا يحلف (رد المحتار).

١٣ - إذا ادعى المدعى عليه أن الشاهد قد ادعى هذا المدعى به لنفسه وأن شهادته غير مقبولة لذلك وأنكر الشاهد فلا يحلف أنظر شرح المادة (١٧٢٤) (رد المحتار).

قد جمعت المسائل التي لا يلزم فيها اليمين تحت القاعدة الآتية:

القاعدة الثانية - كل شخص يقر بشيء ولا يجوز إقراره به فلا يلزمه اليمين في حالة الإنكار

المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة.

المسألة الأولى: الوصي - إذا ادعى على الوصي بأن له في ذمة المتوفي كذا درهماً ولم يثبت فلا يلزم الوصي اليمين لأنه لو أقر الوصي بدين المتوفي فلا حكم لإقراره ما لم يكن الوصي وارثاً وبما أنه يجوز إقراره باعتباره وارثاً فيلزمه اليمين أيضاً (الشرنبلالي في الدعوى).

المسألة الثانية: الولي - إذا ادعى أحد على الصغير في مواجهة الولي قائلاً: إن هذا الصغير قد أتلف مالاً لي ولم يثبت دعواه فلا يلزم الولي اليمين لأن إقرار الولي غير معتبر كذلك لو ادعى أحد على ولي الصغير بأن الصغير قد غصب ماله وأتلفه أو أوقع جناية فلا يلزم على وليه اليمين.

المسألة الثالثة: المتولي - لو ادعى أحد العقار الذي تحت يد متول باعتباره وقفاً بأنه ملكه ولم يثبت دعواه فلا يلزم المتولي اليمين لأن إقرار المتولي على الوقف غير معتبر. كذلك إذا ادعى أحد على متولي وقف بأنه صرف على جدار المسجد أو على الدار الموقوفة أو صرف شيئاً للوقف بأمر المتولي السابق وأنكر المتولى فلا يلزمه اليمين (رد المحتار).

كذلك إذا ادعى أحد العين التي تحت يد المتولي باعتبارها وقفاً بأنها ملكه ولم يثبت دعواه فلا يلزم المتولي اليمين كذلك إذا ادعى متولي وقف النقود على آخر قائلاً: إن سلفي المتولي السابق قد أدانك كذا مالاً من مال الوقف فادفعه لي فدفع المدعى عليه دعوى المتولي قائلاً: إنني أديت ذلك المبلغ تماماً إلى المتولي السابق في زمن توليته ولم يقتدر على إثبات دفعه هذا فليس له تحليف المتولي اللاحق. كذلك إذا أقرّ أحد بأنه مدين للوقف الفلاني بكذا مبلغاً ثم رجع عن إقراره هذا وادعى قائلاً: إنني لم أكن مديناً للوقف المذكور بالمبلغ المذكور وإنني قد أقررت كاذباً فليس له أن يحلف متولي الوقف المذكور على عدم كذبه في إقراره.

مستثنى - يتوجه اليمين في الدعاوي المتعلقة في الوقف والصغير على الولي والمتولي في العقود التي يدعي عقدها مع الولي والوصي أو المتولي.

مثلاً لو ادعى أحد قائلاً: إن هذا الرجل قد أجرني مال ولده الصغير بكذا درهماً وأنكر على المدعى عليه فيحلف (رد المحتار).

كذلك، إذا ادعى أحد في حق العقار الذي تحت يد المتولي باعتباره من مستغلات الوقف على متولي الوقف قائلاً: قد أجرتني هذا العقار لمدة معلومة فسلمه لي وأنكر المتولي ذلك ولم يثبت المدعي دعواه فله تحليف المتولي.

كذلك، إذا ادعى متولي الوقف على مستأجر عقار الوقف أجرة مجتمعة ودفع المستأجر الدعوى قائلاً. إنني قد سلمت الأجرة المذكورة تماماً ولم يبق في ذمتي شيء وأنكر المتولي ولم يثبت دفعه هذا فله تحليف المتولي اليمين (أحكام الأوقاف).

المسألة الرابعة: مأمور بيت المال، إذا ادعى أحد العقار الذين تحت يد مأمور بيت المال باعتباره ملكاً لبيت المال بأنه ملكه ولم يثبت دعواه فليس له تحليف مأمور بيت المال لأن إقرار مأمور بيت المال على بيت المال غير صحيح.

المادة (١٧٤٣) - (إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله: والله اوبالله)

إذا قصد تحليف أحد الخصمين سواء أكان مسلماً أو كتابياً كالمسيحي واليهودي أو وثنياً أو مشركاً يحلف باسمه تعالى بقوله: والله أو بالله باللفظ العربي أو (الله آندا شيرم) باللغة التركية أو (بخدا سو كنت نيخورم) باللغة الفارسية سواء أكان اسمه الشريف «الله» من أسمائه الذاتية أو «الرحمن الرحيم» من أسمائه الصفاتية ولا يحلف الخصم بالطلاق أو العتاق حتى أنه إذا كلف الخصم بحلف اليمين بالطلاق أو العتاق ونكل عن الحلف وحكم عليه فلا يصح الحكم ولا ينفذ (التنقيح) لأنه قد ورد في الحديث الشريف (لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفاً فليحلف بالله وليذر).

وإن جميع الملل والطوائف غير المسلمة التي مر ذكرها في هذه المادة تقر بالله عز وجل وتعظم اسمه الشريف وتعتقد بقدسيته.

أما القوم الضالون والجماعة الخاسرون أهل الإباحة[١] كالدهرية والزنادقة الذين لا يعتقدون بالله عز وجل فعلى ماذا يجب تحليفهم؟ (الدر المنتقى والدرر في الدعوى وعبد الحليم فيها).

صورة اليمين: يصور القاضي أو نائبه المسألة ويسأل المدعى عليه هل تحلف اليمين على هذا الخصوص فإذا أجاب بقوله: نعم أحلف يصور القاضي شكل وكيفية اليمين ويحلفه باسم الله تعالى بقوله: والله ويجب في اليمين الجمع بين الكل والبعض ـ إذا ادعى المدعي من المدعى عليه عشرين ديناراً وأنكر المدعى عليه جميع الدين قائلاً: إنني غير مدين بشيء فعند تحليف المدعى عليه على ذلك يحلف بأنه غير مدين بعشرين ديناراً أو بأقل من ذلك (الولوالجية في آداب القاضي).

تغليظ اليمين: يجوز تغليظ وتشديد اليمين على قول في حال إلحاح الخصم بذكر صفات الله الجليلة عز وجل ففي تغليظ اليمين للمسلم يحلف بقوله: والله عالم السر والخفايا الرحمن الرحيم بأنني غير مدين لهذا المدعي وفي التغليظ للموسوي يحلف بقوله: والله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام.

وفي التغليظ للعيسوي: والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام (الملتقى).

ولكن يجب ذكر الأوصاف بلا ذكر أداة القسم حتى لا يتكرر اليمين لأن حق المدعي يمين واحد فقط. لأن الحالف بقوله: بالله الرحمن الرحيم يكون حالفاً يميناً واحدة أما الحالف بالله والرحمن والرحيم فيكون حالفاً ثلاث إيمان (الولوالجية والواقعات).

فإذا حلف المدعى عليه اليمين باسمه عز وجل ونكل عن التغليظ فلا يحكم بنكوله لأن المقصود هو اليمين وهذا قد حصل (التنوير وشرحه).

ويحلف الوثني والمشرك والمجوسي باسمه عز وجل ولا يغلظ بالأوثان والنار، لأن في اليمين تعظيماً للمقسم به فلا يجوز تعظيم النار. أما التوراة والإنجيل فبما أنهما من الكتب الإلهية ومعظمان فجائز تعظيمهما فلذلك يجوز ذكرهما في اليمين.

المادة (١٧٤٤) ـ (لا تكون اليمين إلا في حضور القاضي أو نائبه ولا عتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما).

يشترط لاعتبار اليمين شرطان:

الشرط الأول: لا تكون اليمين إلا في حضور القاضي أو نائبه.

---

(١) إن هؤلاء قوم خالون وخاسرون ولم يجهروا إلى يومنا هذا في عصر من العصور بإظهار نحلتهم فنسأل الله ألا يظهروا نحلتهم إلى يوم القيامة.

الشرط الثاني: يحصل اليمين بتحليف القاضي أو نائبه، لأن اليمين المعتبرة القاطعة للخصومة هي التي تحصل في حضور القاضي أما اليمين التي لا تكون في حضور القاضي فليست بقاطعة للخصومة «فتح القدير ملخصاً».

اليمين في حضور ـ ظاهر. أما اليمين في حضور نائبه فهو أنه: إذا كان للمدعى عليها معذرة مشروعة في عدم الحضور إلى مجلس القاضي كأن تكون من مخدرات النساء وتوجه عليها اليمين فالقاضي يرسل أمينه مع عدلين إلى مكان تلك المرأة والأمين يحلف المدعى عليها اليمين والرجلان العدلان يشهدان أمام القاضي على حلفها اليمين أو على نكولها عن الحلف ولا يقبل القاضي قول الأمين بدون الشهادة (صرة الفتاوي في الدعوى وواقعات المفتين).

أما إذا كان القاضي مأذوناً بالاستنابة وعين نائباً عنه مأذوناً بالحكم وذهب مع المدعي إلى مكان المدعى عليه وكلفه بحلف اليمين فقبل الحالف أو نكل عنه فالظاهر أن هذه المعاملة معتبرة ولا يلزم فيها وجود شهود.

إذا كانت الدعوى ترى غيابياً في مواجهة وكيل مسخر ولم يستطع المدعي إثبات دعواه بالبينة وطلب تحليف المدعى عليه الغائب اليمين فيجب إحضار المدعى عليه إلى المحكمة جبراً حسب المادة (١٨٣٢) أو يرسل القاضي نائباً مأذوناً بالحكم مع المدعي إلى محل المدعى عليه ويكلفه حلف اليمين ولا يصح الحكم على الغائب معلقاً على نكوله عن اليمين لأن التعليق المذكور ليس بسبب من أسباب الحكم.

ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما. فلذلك إذا ادعى أحد على آخر بطلب عشرة دنانير من ذمته في غير حضور القاضي أو نائبه وأنكر المدعى عليه ولدى تكليفه حلف اليمين نكل عن الحلف فلا يلزمه أداء العشرة دنانير كذلك إذا اتفق المدعي والمدعى عليه على أن المدعى عليه إذا حلف اليمين في غير حضور القاضي على براءته من المدعى به وحلف المدعى عليه اليمين على ذلك الوجه فلا يبرأ من الدين وللمدعي بعد ذلك أن يثبت دعواه في حضور القاضي وإذا عجز عن الإتيان أن يحلف المدعى عليه ثانياً (رد المحتار).

إذا كان المدعى عليه وكيلاً من قبل المدعى عليه في الدعوى وعند توجه اليمين على المدعى عليه أفاد الوكيل بأن موكله ناكل عن حلف اليمين فليس للقاضي بناء على إفادة الوكيل اعتبار المدعى عليه ناكلاً عن اليمين والحكم عليه. أما إذا طلب المدعي تحليف المدعى عليه على هذا الوجه وقال المدعى عليه انك قد حلفتني اليمين على ذلك أمام القاضي الفلاني أو أمام المحكم الفلاني من أجل هذه الدعوى فإذا أقر المدعي بذلك فلا يجري التحليف وإذا أنكر تطلب البينة من المدعى عليه فإذا أثبت ذلك فبها وإذا لم يثبت يحلف المدعي بالطلب (الدرر والشرنبلالي في الدعوى).

واليمين إنما يكون بتحليف القاضي أو نائبه أو المحكم ولا يعتبر تحليف غيرهما فلذلك لو

حلف المدعي المدعى عليه في حضور القاضي فلا يعتبر اليمين لأن التحليف هو من حق القاضي وليس من حق الخصم انظر المادة (١٧٤٧) (تكملة رد المحتار).

المادة (١٧٤٥) - (تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين فلذلك لوكلاء الدعاوى أن يحلفوا الخصم ولكن إذا توجهت اليمين إلى موكليهم فيلزم تحليف الموكلين بالذات ولا يحلف وكلاؤهم).

تجري النيابة في التحليف يعني لنائب المدعي كوكيله أو وصيه أو وليه أن يطلب تحليف المدعى عليه اليمين عند توجه اليمين على المدعى عليه انظر المادة (١٤٩٥).

ولكن لا تجري النيابة في اليمين أي في الحلف وبتعبير آخر ليس لأحد أن يوفي بالنيابة اليمين التي تتوجه على المدعى عليه فلذلك لوكلاء الدعاوي وللولي والوصي والمتولي أن يحلف خصمه اليمين حتى لو لم يكن مصرحاً في وكالة الوكيل بالاذن له بالتحليف وهذا المثال متفرع على الفقرة الأولى ولكن إذا توجهت اليمين على موكليهم أو على الصغير فيلزم تحليف الموكلين بالذات والصبي بعد البلوغ ولا يحلف وكلاؤهم أو أولياؤهم أو أوصياؤهم. فعلى ذلك إذا ادعى وكيل المدعي في مواجهة المدعى عليه عشرة دنانير مطلوب موكله ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً: نعم كنت مديناً بعشرة دنانير إلا أنني أديتها إلى موكلك وأنكر الوكيل الدفع وعجز المدعى عليه عن الإثبات فيحلف الموكل على عدم القبض ولا يحلف وكيله على عدم العلم بقبض موكله. ففي هذا الحال إذا كان الموكل غائباً يلزم المدعى عليه بأداء المبلغ المذكور للوكيل وعند حضور الموكل فإذا حلف فبها وإذا نكل عن الحلف يسترد المبلغ المذكور منه (عبد الحليم والأنقروي).

كذلك إذا ادعى الوصي على أحد قائلاً: ان للمتوفي في ذمة المدعى عليه كذا درهماً ودفع المدعى عليه الدعوى قائلاً بأن المتوفي قد قبض حال حياته المبلغ المذكور كاملاً واستوفاه فلا يحلف الوصي على عدم العلم حيث أنه لو أقر الوصي بالقبض فإقراره غير صحيح فلذلك فاستحلافه غير صحيح أيضاً انظر القاعدة الثانية الواردة في شرح المادة (١٧٤٣) (الدرر).

وفي هذه الصورة إذا لم يثبت المدعى عليه قبض المتوفي يحكم عليه بأداء المبلغ المذكور للوصي أما إذا دفع المدعى عليه الدعوى بقوله: قد أديتك المبلغ المذكور حسب وصايتك وأنكر الوصي القبض فيحلف الوصي على عدم القبض انظر المادة (١٦٤٣) الأنقروي).

وإذا لزم تحليف الصبي أو الغائب فيؤخر التحليف حتى يبلغ الصبي وحتى يحضر الغائب (الولوالجية).

مثلاً: إذا ادعى من المتوفي ديناً كذا درهماً في مواجهة وارثه الكبير وأنكر الوارث الدين فيحلف ذلك الوارث اليمين أما إذا كان بعض الورثة صغاراً أو غائبين فيؤخر يمين الصغير ويمين الغائب إلى حضوره ويحلف الصغير عند البلوغ والغائب عند الحضور (الأنقروي).

وكلاء الدعاوي: أما الوكيل بالبيع فيتوجه عليه اليمين لأن إقراره صحيح وهو أنه لو باع إنسان بالوكالة مالا وطلب المشتري من الوكيل بعد البيع رده بداعي وجود عيب قديم فيه فإذا أنكر الوكيل العيب فيتوجه عليه اليمين فإذا نكل الوكيل عن الحلف فيرد المبيع إليه بخيار العيب.

(أنظر المسألة الخامسة الواردة في شرح المادة (١٤٦١) (الدرر في الدعوى وعبد الحليم)

ولكن لا يتوجه اليمين على الوكيل بالشراء وهو أنه لو ادعى الوكيل بالشراء رد المال الذي اشتراه إلى البائع بخيار العيب ودفع البائع الدعوى بقوله أن الموكل قد رضي بهذا العيب فلا يحلف الوكيل بالشراء على عدم العلم (عبد الحليم).

المادة (١٧٤٦) - (لا يحلف اليمين إلا بطلب الخصم ولكن يحلف اليمين من قبل القاضي في أربعة مواضع بلا طلب. الأول: إذا ادعى أحد من التركة حقاً وأثبته فيحلفه القاضي على أنه لم يستوفِ هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا أبرأه ولا أحاله على غيره ولا أوفى من طرف أحد وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار، الثاني: إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه حلفه القاضي على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه، الثالث: إذا أراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه القاضي على أنه لم يرضَ بالعيب قولاً أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في المادة (٣٤٤). الرابع: تحليف القاضي الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه).

لا يحلف اليمين إلا بطلب الخصم لأن اليمين حق للخصم حتى أنه لو حلف القاضي الخصم بلا طلب ثم طلب الخصم التحليف فيحلف الخصم ثانياً (عبد الحليم في الدعوى).

ولكن يحلف من قبل القاضي في أربعة مواضع بل في خمسة مواضع بلا طلب، والتحليف في الموضع الأول من الخمسة المواضع بالاتفاق والتحليف في الأربعة المواضع الأخرى على قول الامام أبي يوسف.

أولاً: إذا ادعى أحد من التركة حقاً كعين أو دين وأثبته فيحلفه القاضي على أنه لم يستوفِ هذا الحق أو أي مقدار منه قليلاً أو كثيراً بنفسه أو بغيره بطريق الوكالة أو بطريق الأمر بالإستيفاء ولا أبرأه من كل الدين أو من بعضه ولا قبل حوالة على غيره في كل الدين أو بعضه ولا أوفى كله أو بعضه من طرف أحد وليس للميت في مقابلة كل هذا الحق أو بعضه رهن حتى لو أن المتوفي قد أقر بذلك الحق في مرض موته فإذا حلف المدعي اليمين على هذا الوجه فيحكم له بالمدعى به وإذا

امتنع عن حلف اليمين فلا يحكم حتى أن المدعي لو أخذ حقه دون أن يحلف يميناً على هذا الوجه يسترد منه المبلغ.

ويقال لهذه اليمين يمين الاستظهار حيث يحتمل أن يكون الدائن قد سقط حقه من الدين باستيفاء الدين ولم يعلم الشهود بذلك فشهدوا على طريق الاستصحاب فلزم احتياطا يمين الاستظهار (رد المحتار).

وهذه اليمين ليست هو للوارث بل هي للتركة لأنه يحتمل وجود دائن للتركة أو ظهور موصى له فيها فيجب على القاضي أن يحتاط صيانة لحقوق هؤلاء حتى أنه لو طلب ورثة المتوفي عدم تحليفه فيجب تحليفه (الهندية).

وفي هذا الحال لو ادعى أحد ورثة المتوفي العديدين على أحد ورثة متوفي آخر ديناً من التركة وأثبت ذلك فمقتضى هذه المادة أنه يجب تحليف الورثة الآخرين الشركاء في الإرث ولا يكفي تحليف المدعي فقط وإذا كان التركة المدعى عليها صغاراً فتلزم يمين الاستظهار أيضاً كما لو كان بعضهم صغاراً وبعضهم كباراً تلزم يمين الاستظهار ولا يصح الحكم بلا يمين الاستظهار

كذلك إذا كان جميع ورثة المتوفي كباراً وادعى دائن في مواجهة الورثة المذكورين ديناً من التركة وأثبته بالبينة فالظاهر أن القاضي يحلف المدعي يمين الاستظهار حتى لو طلب جميع الورثة عدم تحليف المدعي اليمين المذكورة.

كذلك إذا لم يكن للمتوفي أي وارث وادعى المدعي دينه في مواجهة الوصي وأثبته تلزم يمين الاستظهار أيضاً (الهندية والتنقيح).

أما الدعوى التي تقام على كفيل المتوفي إذا أثبتها المدعي فالظاهر أنه لا يحلف المدعي يمين الاستظهار حيث أن الدعوى لم تكن على التركة.

ولا تنحصر يمين الاستظهار في طلب دين من التركة فلذلك إذا أثبت حق على التركة وثبت بالبينة تلزم يمين الاستظهار (رد المحتار).

إلا أنه حيث لا يجوز الإبراء من العين؛ واحالة العين وارتهانها مقابلة امانة فلذلك إذا كان المدعى به عيناً مضمونة فمن المناسب أن تكون صورة اليمين على أن ليس للمتوفي رهن مقابل هذه العين ولا يجوز أن يحلف على عدم الإبراء والإستيفاء بالذات أو بغيره لأن الإبراء من العين المضمونة لا يسقط حق المبرئ من استرداد العين عيناً كما أن استيفاءها بالذات أو بالغير إنما يكون بأخذها عيناً وبظهور العين في التركة في الحال يعلم بالمشاهدة عدم أخذها فلا تكون فائدة من التحليف على هذا الوجه كما أن المدعى به إذا كان عيناً امانة فلا يكون في مقابلها رهن فكيف يجري يمين الاستظهار في ذلك؟

مستثنيات

١ ـ إذا ادعى أحد بأنه قد أوفى دينه للمتوفي حال حياته وأثبت ذلك فلا تلزمه يمين الاستظهار لأن الشهود الذين شهدوا على دفع الدين قد شهدوا على حقيقة الدفع فلا يحتمل أن تكون شهادتهم مبنية على الاستصحاب (رد المحتار).

٢ ـ إذا كان كل الورثة كباراً وأقر جميعهم بأن للمدعي حقاً بالفعل في تركة المتوفي الوافية فلا تلزم يمين الاستظهار، أما إذا أقروا بأن المتوفي مدين للمدعي فيلزم يمين الاستظهار (فتاوى أبي السعود في الدعوى).

١ ـ إذا عجز المدعي عن إثبات مطلوبه من تركة المتوفي الوافية وكلف الورثة بحلف اليمين على عدم العلم فنكلوا عن الحلف فوجب الحكم عليهم فالظاهر أنه تجب يمين الاستظهار على المدعي.

٢ ـ إذا استحق أحد مالاً وبناء على انكار المستحق عليه أثبت المدعي دعواه بالبينة فيحلف القاضي المدعي بأنه لم يبع ذلك المال ولم يهبه لأحد وإنه لم يخرجه من ملكه بصورة من الصور فإذا حلف فيحكم للمستحق وإذا نكل فترد دعوى الاستحقاق (البزازية في الاستحقاق).

أما اذا أقر المستحق عليه بأن المال المستحق هو للمدعي أو طلب المستحق عليه عدم تحليف المستحق اليمين فالظاهر بأنه لا يحلف المستحق اليمين على الوجه المذكور وعلى حسب هذه الفقرة تلزم يمين الاستحقاق في قسم الاستحقاق الناقل للملكية أما في قسم الاستحقاق المبطل للملكية فلا تلزم.

٣ ـ إذا أراد المشتري رد المبيع بناء على عيبه وأنكر البائع العيب فأثبت المشتري مدعاه فيحلف المشتري من طرف القاضي قبل الحكم بالرد على أنه لم يرض بالعيب قولاً أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في المادة (٣٤٤) فإذا حلف يحكم بالرد بالعيب وإذا نكل يحكم برد الدعوى. لأنه يحتمل أن يكون المشتري قد رضي بالعيب على ذلك الوجه المذكور ولم يستطع البائع الادعاء بذلك لعدم وقوفه على رضاء المشتري. أما إذا قال البائع بأنه يعلم بأن المشتري لم يسقط خيار عيبه ولذلك لا يطلب تحليفه اليمين على هذا الوجه فالظاهر أنه لا يحلف المشتري.

٤ ـ تحليف القاضي الشفيع عند الحكم له بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط شفعته بوجه من الوجوه فإذا حلف يحكم له بالشفعة وإلا ترد دعوى الشفعة أما إذا قال المشتري بأن الشفيع لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه وطلب عدم تحليفه اليمين فالظاهر لا يحلف الشفيع.

٥ ـ إذا طلبت الزوجة تقدير النفقة على زوجها الغائب فيحلف القاضي الزوج قبل الحكم بالنفقة على زوجها الغائب لم يطلقها وأنه لم يؤدها النفقة وأنه لم يترك مالاً عندها (الواقعات).

المادة (١٧٤٧) ـ (إذا حلف المدعى عليه قبل أن يكلفه القاضي بحلف اليمين بطلب الخصم فلا تعتبر يمينه ويلزم أن يحلف مرة أخرى من قبل القاضي).

إن التحليف من حق القاضي فلذلك إذا حلف المدعى عليه قبل أن يكلفه القاضي بحلف اليمين بطلب الخصم من نفسه أو إذا حلف بتكليف المدعي فلا تعتبر يمينه ويلزم أن يحلف بالطلب من قبل القاضي مرة أخرى. حتى لو أن المدعي استحلف المدعى عليه على هذا الوجه وابرأه من التحليف فلا يصح الإبراء لأن التحليف من حق القاضي (عبد الحليم في الدعوى) وكان يجب تحرير هذه المادة على الوجه الآتي:

إذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم اليمين بدون أن يكلف من طرف القاضي للحلف فلا تعتبر يمينه إلخ... (عبد الحليم).

المادة (١٧٤٨)ـ (إذا حلف أحد على فعله يحلف على البتات يعني يحلف قطعياً بأن هذا الشيء هكذا أو ليس بكذا وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم يعني يحلف على عدم علمه بذلك الشيء).

يحلف اليمين اما على البتات أو على عدم العلم فيحلف على البتات في ثلاثة مواضع وذلك أنه إذا حلف أحد على فعله من كل وجه أو على فعله من وجه أو فعل غيره وادعى علمه بذلك فيحلف على البتات يعني يحلف قطعياً أن هذا الشيء هكذا أو أن هذا الشيء ليس بكذا، ويشار إلى معنى البتات هنا بمعنى القطع بعبارة (قطعياً) في متن المادة.

إن اليمين تكون ابداً على النفي (الدعوى والدرر) فلذلك كان من اللازم عدم ذكر تعبير بأن هذا الشيء هكذا فلذلك إذا ادعى المستودع رد أو هلاك الوديعة فهو وان كان مدعياً صورة إلا أنه في الحقيقة منكر لوجوب الضمان فيحلف على عدم لزوم رد وضمان الوديعة ولا يحلف على رده وإعادته الوديعة أو على تلفها بلا تعد ولا تقصير (الانقروي).

وتوضح هذه المادة بتفريع المسائل الآتية:

أمثلة على فعله من كل وجه:

١ ـ إذا ادعى المدعي بأن له في ذمة المدعى عليه كذا درهماً بدون بيان جهة الدين ولدى السؤال من المدعى عليه أنكر والمدعي عجز عن الإثبات وطلب تحليف المدعى عليه اليمين فيحلفه القاضي. (والله إنني لم أكن مديناً لهذا الرجل بالمبلغ المذكور أو بأقل منه وهذا اليمين هو على البتات وعلى الحاصل معاً أنظر المادة (١٧٤١).

٢ ـ إذا ادعى المدعي العقار الذي في يد المدعى عليه المعلوم الحدود بأن هذا العقار ملكه،

وان المدعى عليه واضع اليد عليه بغير حق وطلب كف يد المدعى عليه عنه وأنكر المدعى عليه دعوى المدعي وعجز المدعي عن إثبات الدعوى وطلب تحليف المدعى عليه اليمين فيحلفه القاضي (والله أن ذلك العقار لم يكن مملوكاً للمدعي) وهذه اليمين هي على البتات والحاصل معاً.

٣ ـ إذا ادعى المدعي على المدعى عليه: انك كفيل على المبلغ المطلوب لي من ذمة فلان بأمره فأطلب منك ذلك المبلغ حسب الكفالة وأنكر المدعى عليه الدعوى وعجز المدعي عن إثبات الدعوى وطلب تحليف المدعى عليه اليمين فيحلفه القاضي (والله ليس للمدعي المبلغ الذي يدعيه علي من جهة الكفالة أو أقل منه) وهذا أيضاً على البتات والحاصل معاً.

٤ ـ إذا ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: إن لي في ذمتك كذا درهماً من ثمن المبيع حتى انك قد أقررت بأنك مدين لي من تلك الجهة وأنكر المدعى عليه وعجز المدعي عن إثبات أصل الدين وعن اقرار المدعى عليه وطلب تحليف المدعى عليه اليمين فلا يحلف المدعى عليه على الاقرار بل يحلف على المال لأن الإقرار يكون كاذباً أحياناً كما أنه ليس بسبب للمالك فيحلفه القاضي على البتات والحاصل معاً على الوجه الآتي: (والله انني لم أكن مديناً لهذا الرجل بالمبلغ المدعى به أو بأقل منه).

٥ ـ إذا ادعى المدعي حقاً من التركة وأثبته وادعى الوارث بأنه لم يصل إلى يده من تركة المتوفي شيء فيحلف على البتات فإذا حلف لا يلزم الوارث شيء واذا نكل فيجب قضاء الدين (الواقعات).

أمثلة على فعله من وجه وعلى فعل غيره من وجه آخر:

إذا ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: إن المدعى عليه قد اشترى مني المال الفلاني أو أنه استأجره أو أن المدعي استقرض مني كذا درهماً وأنكر المدعى عليه فيحلف على البتات مع أن البيع من جهة فعل البائع ومن جهة فعل المشتري (الهندية).

كذلك إذا ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: إنك مدين لي بكذا درهماً من جهة القرض فادفعها لي وانكر المدعى عليه حاصل الدعوى بقوله: لم أكن مديناً لك فيحلف كذلك على البتات والحاصل معاً «والله اني لم أكن مديناً للمدعي بكذا درهماً» كذلك اذا ادعى المدعي في حق المال الذي في يد المدعى عليه قائلاً: إنك قد بعتني في التاريخ الفلاني هذا المال بألف درهم وأنا اشتريته منك فلذلك هو مالي فخذ الألف درهم وسلمه لي فإذا أنكر المدعى عليه حاصل الدعوى بقوله ان هذا المال ليس بملكك فيحلفه القاضي على البتات والحاصل معاً «والله ان هذا المال ليس بملك هذا المدعي» أما إذا أنكر المدعى عليه السبب بقوله: لم أبعك هذا المال ففي تلك الحال يحلف القاضي على البتات والسبب معاً هكذا «والله لم أبع هذا المال من هذا المدعي».

أمثلة على التحليف على فعل الغير الذي ادعى بعلمه به:

١ ـ اذا ادعى المستودع بأن المودع قد قبض الوديعة التي لديه وأنكر المودع ذلك فيحلف المستودع على البتات.

٢ - إذا أقر الوكيل بالبيع بعد بيعه المال حسب الوكالة وتسلمه إلى المشتري بأن موكله قد قبض الثمن وأنكر الموكل القبض فيحلف الوكيل على أن موكله قد قبض الثمن (واقعات المفتين).

أما إذا حلف أحد على فعل غيره يحلف على فعل غيره بقوله لا أعلم ذلك فيحلف على عدم العلم يعني يحلف على عدم علمه بذلك الشيء لأن الحالف هنا لا يعلم ما عمله الآخر. وفي هذا الحال إذا حلف على البتات فحيث انه سيمتنع عن اليمين ولو كان صادقاً فيكون في ذلك ضرر. وفي هذه الصورة إذا نكل عن الحلف وعن اليمين على عدم العلم فيكون باذلاً أو مقراً (الدرر).

والمسائل المتفرعة عن هذه الفقرة تبين على الوجه الآتي:

المسألة الأولى - إذا ادعى أحد كذا درهماً من تركة المتوفي بدون بيان جهة (إن هذه الدعوى صحيحة كما بين في شرح المادة (١٦٢٧) وعجز عن الإثبات وطلب تحليف وارث المتوفي اليمين فيحلف الوارث (والله لا أعلم بأن مورثي مدين لهذا المدعي بكذا درهماً) وإذا كان الورثة متعددين فيحلف كل منهم على الوجه المشروح لأن الناس متفاوتون في اليمين كما أنه يحتمل أن الذي حلف قبلاً من الورثة لا يعلم الدين وأن الورثة الآخرين لهم علم بذلك (الواقعات).

المسألة الثانية - إذا ادعى المدعي قائلاً: إن فلاناً في حال حياته في التاريخ الفلاني قد استقرض مني كذا درهماً وصرفها على أموره وهي حق لي حالاً فاطلب إعطاءها لي من تركته وعند الإنكار عجز عن إثبات الدعوى وطلب تحليف الوارث اليمين فإذا أنكر الوارث دين مورثه فيحلفه القاضي على البتات والحاصل معاً (والله لا أعلم أن مورثي مدين لهذا الرجل بكذا مبلغاً) وإذا أنكر الوارث الاستقراض فيحلفه القاضي على عدم العلم وعلى السبب معاً بقوله (والله لا أعلم أن مورثي قد استقرض من هذا الرجل كذا درهماً).

المسألة الثالثة - إذا ادعى إنسان المال الذي اشتراه إنسان من آخر قائلاً: إنه اشترى ذلك المال من صاحب المال المذكور قبل ذلك ولم يثبت دعواه وطلب تحليف المشتري اليمين فيحلفه القاضي على عدم العلم والسبب معاً يعني على أنه لا يعلم أن المدعي قد اشترى المال المذكور قبلاً منه وصورة اليمين هكذا (والله لا أعلم أن هذا المدعي قد اشترى هذا المال قبل شرائي من ذلك الشخص) (تعليم أصول التحليف بضم بعض الفوائد).

المسألة الرابعة - إذا ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: إن لي في ذمة أبيك عشرة دنانير وقد توفي وتركته في يدك فادفعها لي وأنكر المدعى عليه وفاة أبيه فإذا عجز المدعي عن إثبات الوفاة فيحلف المدعى عليه على عدم العلم (الولوالجية في الفصل الرابع من الدعوى).

المسألة الخامسة - إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المال الذي في يد المدعى عليه هو مالي ولم يكن لديه بيّنة فينظر فإذا كان ذلك المال قد دخل في يد المدعى عليه بطريق الإرث وأقرّ المدعي بذلك أو أثبت المدعى عليه ذلك فيحلف على عدم العلم وإذا دخل في يده بأسباب أخرى كالهبة والشراء فيحلف على البتات. أما إذا ادعى المدعى عليه قائلاً: إن هذا المال هو إرث في يدي

وتلزمني اليمين على عدم العلم فادعى المدعي أنه في يد المدعى عليه شراء وأنه تلزمه اليمين على البتات واختلفا في ذلك ولم توجد بيّنة مع أحدهما فالقول مع اليمين للمدعي على عدم علمه بدخول المال إرثاً في يد المدعى عليه فإذا حلف المدعي اليمين على هذا الوجه يحلف المدعى عليه على البتات وإذا لم يحلف فيحلف المدعى عليه على عدم العلم (واقعات المفتين. الدرر في الدعوى وعبد الحليم).

المسألة السادسة ـ لو سلم أحد آخر فرساً بطريق الوديعة فاستعمل المستودع الفرس بلا إذن وتلفت في يده وادعى المودع بأن الفرس تلفت في حال الاستعمال وطلب تضمينها فادعى المدعى عليه بأن الفرس تلفت بعد ترك الاستعمال والتعدي وعودته إلى الوفاق فالقول للمودع مع اليمين على عدم العلم بالهلاك بعد ترك الاستعمال (الهندية).

المسألة السابعة ـ لو أمر إنسان آخر قائلاً: انفق على أهلي وأولادي ألف درهم وأنا أؤديها لك ثم ادعى المأمور على الآمر قائلاً: قد أنفقت المبلغ المذكور فادلي الألف درهم وأنكر الآمر الإنفاق فعند لزوم تحليف اليمين يحلف الآخر على أنه لا يعلم أن المأمور أنفق على أهله وعياله ألف درهم أو أقل منها (البزازية قبيل آداب القاضي).

مسألة ـ إذا حلف اليمين على البتات في المواضع التي يلزم فيها التحليف على عدم العلم تكون اليمين معتبرة وتسقط اليمين عن المدعى عليه، أما إذا حلف اليمين على عدم العلم في المواضع التي يلزم فيها التحليف على البتات فلا تكون اليمين معتبرة حتى أنه إذا نكل عن اليمين في ذلك فليس للقاضي أن يحكم ولا تسقط اليمين عن المدعى عليه لأن البتات أقوى واليمين عليه آكد فهو معتبر على الإطلاق أما العكس فليس كذلك (الدرر والواقعات).

المادة (١٧٤٩) ـ (يكون اليمين أما على السبب أو على الحاصل وهو أن اليمين بوقوع خصوص أو عدم وقوعه يمين على السبب إما اليمين على بقاء[١] خصوص إلى الآن أو عدم بقائه فيمين على الحاصل. مثلاً اليمين في دعوى البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع أصلاً هي يمين على السبب أما اليمين ببقاء العقد إلى الآن أو بعدم بقائه فهي يمين على الحاصل).

يكون اليمين إما على السبب أو على الحاصل وقد بيّنا أن اليمين تكون على النفي أبداً وهو أن اليمين بوقوع خصوص أو بعدم وقوعه على السبب واليمين على بقاء خصوص إلى الآن أو عدم بقائه يمين على الحاصل. مثلاً اليمين في دعوى البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع أصلاً هي يمين على السبب أما اليمين ببقاء عقد البيع إلى الآن أو بعدم بقائه فهي يمين على الحاصل.

(١) أنظر شرح المادة ١٧٤٨.

في الكتب الفقهية أقوال أربعة في حق توجيه اليمين على السبب أو على الحاصل فعلى قول يجب تحليف اليمين على الحاصل وعلى قول آخر يجب تحليف اليمين على السبب وعلى قول ثالث أنه مفوض لرأي القاضي أما على القول الرابع فينظر القاضي إلى إنكار المدعى عليه فإذا كان منكراً الحاصل فيحلفه على الحاصل وإذا كان منكراً السبب فيحلفه على السبب وقد رجح هذا الرأي بعض الفقهاء كقاضي خان ووصفه بأنه أحسن الأقوال لأنه إذا كلف المدعى عليه بحلف اليمين خلافاً لإنكاره يتضرر المدعى عليه إذ إنه لو ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه قد أقرضتك كذا درهماً فأد لي ذلك ببيانه السبب والجهة وأنكر المدعى عليه الحاصل بقوله لم أكن مديناً لك وعجز المدعي عن إثبات الاقراض فيحلف المدعى عليه اليمين بأنه لم يكن مديناً له بكذا درهماً أو بأقل من ذلك ولا يحلف على عدم الاستقراض لأنه من الجائز بأن المدعى عليه بعد أن اقترض المبلغ المذكور أوفاه للمدعي أو أبرأه المدعي من الدين ولم يبق مديناً له فإذا قال المدعي عليه بأنني اقترضت ثم أوفيت فلا يستطيع الإثبات إذا لم يكن لديه شهود وأسباب ثبوت ثم أن خصمه يحلف اليمين فيحكم بالدين كما أنه إذا حلف اليمين على عدم الاقتراض يكون حانثاً في يمينه فلذلك إذا ادعى المدعي على آخر قائلاً: قد اشتريت منك هذا المال وأنكر المدعى عليه الحاصل بقوله إن هذا المال ليس لك فيحلف المدعى عليه اليمين على الحاصل ولا يحلف على السبب أي على عدم البيع لأنه لو حلف المدعى عليه اليمين على السبب يصيبه ضرر لأنه يحتمل أنه باع ثم أقيل البيع بينهما ففي هذه الصورة لا يجوز له الحلف على عدم البيع كما أنه لو قال بعت ثم أقلنا البيع يكون عليه إثبات الإقالة فإذا لم يكن لديه إثبات وحلف خصمه اليمين يضيع حقه حتى أنه للخصم في هذه الحال إذا كلفه القاضي حلف اليمين على السبب أن يعرض للقاضي قائلاً له: تحملني حلف اليمين على هذا الوجه ان الرجل يبيع مالاً ثم يقبل البيع فيه.

كذلك إذا ادعى أحد طريقاً من عرصة آخر مبيّناً طولها وعرضها وموضعها فإذا أنكر المدعى عليه ذلك يحلف المدعى عليه على الوجه الآتي (والله إن هذا الحق الذي يدعيه المدعي غير موجود في العرصة التي تحت يدي).

كذلك إذا ادعى أحد بأن له حق مسيل في عرصة آخر أو حق مرور ماء الأمطار وأنكر المدعى عليه فيحلف (والله العظيم إن الحق الذي يدعيه هذا المدعي غير موجود في العرصة التي تحت يدي). وفي هاتين المسألتين كان الادعاء بالحاصل كما أن الإنكار واقع على الحاصل فيحلف اليمين على الحاصل (الولوالجية في آداب القاضي).

كذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: انك كفيل على المبلغ المطلوب لي من ذمة فلان فأد لي ذلك المبلغ حسب الكفالة فأجاب المدعى عليه بأنني لم أكن مديناً لك من تلك الجهة فيحلف المدعى عليه على الحاصل أي على أنه لم يكن مديناً للمدعي بذلك المبلغ من الجهة المذكورة أو بأقل منه ولا يحلف على عدم الكفالة حتى أنه إذا كلف بحلف اليمين على عدم الكفالة فله الحق بالتعريض للقاضي بأن يقول. إن الرجل يكون كفيلاً على مال ثم يؤدي المكفول به أو أن المكفول له يبرىء الكفيل. (الولوالجية في الفصل الرابع من الدعوى).

كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: إن المدعى عليه قد غصب مالي الذي قيمته كذا درهماً فاطلب تسليمه عيناً فأجاب المدعى عليه على الدعوى المذكورة منكراً الحاصل قائلاً لا يلزمني رداً وضمان ذلك المال فيحلف على الحاصل ولا يحلفه على عدم الغصب لأنه من المحتمل بعد أن غصب المال أن يكون رده عيناً أو ضمنه.

كذلك إذا ادعى أحد على الآخر قائلاً: قد مزقت ثيابي هذه فاضمنها وأنكر المدعى عليه الحاصل قائلاً: انه لا يلزمه ضمان تلك الثياب فيحلفه اليمين على الحاصل ولا يحلفه على عدم تمزيق ثيابه لأنه يحتمل أن يكون مزق الثياب وضمن بدلها للمدعي أو أن يكون المدعي قد أبرأه من ذلك (الولوالجية).

ويفهم من الإيضاحات السابقة أن للمدعى عليه حقين إن شاء أنكر حاصل الدعوى وإن شاء أنكر سببها وجهتها وان أي أمر ينكره تلزمه اليمين فيه.

وفي المواضع التي تلزم اليمين فيها على الحاصل إذا حلف فيها على السبب يتضرر المدعى عليه أما المواضع التي يلزم فيها اليمين على السبب إذا جرى التحليف فيها على الحاصل لا يكون هناك ضرر على المدعى عليه. لأن اليمين على السبب أكد من اليمين على الحاصل حتى لو ذكر في الدعوى السبب وأنكر المدعى عليه الحاصل تلزم اليمين على الحاصل.

مستثنى: إذا كانت اليمين على الحاصل تؤدي إلى ضرر المدعي فيقتضي تحليف اليمين على السبب بالإجماع كما في دعوى الشفعة بسبب الجوار وفي دعوى النفقة المبتوتة.

إيضاح الشفعة ـ لا شفعة عند الشافعي بسبب الجوار على آخر شافعي المذهب فإذا أنكر المدعى عليه حاصل الدعوى بقوله: ليس للمدعي شفعة في هذا العقار وعجز المدعي عن الإثبات ولزم تحليف اليمين فيحلف المدعى عليه على السبب (والله إني لم اشتر هذه الدار التي يدعي المدعي الشفعة فيها) ولا يحلف على الحاصل يعني بقوله (والله ليس لهذا المدعي شفعة في هذه الدار) أو (والله لم يكن مستحق الشفعة فيها) لأنه حسب المذكور لا شفعة بسبب الجوار فيكون الحالف صادقاً في يمينه فيتضرر المدعي.

إيضاح النفقة المبتوتة: لا يلزم عند الشافعي على الزوج نفقة المطلقة بائناً أثناء عدتها فعلى هذه الصورة لو طلق أحد من مقلدي المذهب المذكور زوجته بائناً وادعت الزوجة أثناء العدة في حضور قاض حنفي وأنكر المدعى عليه حاصل الدعوى بقوله: لا يلزمني نفقة هذه المرأة فعند تحليفه اليمين يحلف على السبب هكذا (والله ان هذه المدعية ليست معتدة مني) ولا يحلف على الحاصل بقوله (والله لا يلزمني نفقة هذه المدعية لأنه في هذه الحال يكون صادقاً في يمينه حسب اعتقاده فتتضرر المدعية) (الدرر في الدعوى وعبد الحليم).

إذا أنكر المدعى عليه حاصل الدعوى وكان السبب ثابتاً بحجة شرعية كأن يدعي مثلاً المدعي قائلاً قد بعت مالي الفلاني للمدعى عليه بألف درهم وسلمته إياه فاطلب الثمن منه وأنكر

المدعى عليه بقوله إنني لم أكن مديناً للمدعي فإذا أثبت المدعي بالبينة حصول البيع والتسليم يحكم المدعى عليه بالمبلغ المذكور لأنه إذا ثبت سبب الدين ثبت الدين ما لم يدع المدعى عليه الدفع وفي تلك الحال يجب عليه إثبات دفعه هذا.

المادة (١٧٥٠) - (إذا اجتمعت دعاوى مختلفة فتكفي فيها يمين واحدة ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة)

إذا اجتمعت دعاوى مختلفة في مجلس واحد يكفي لجميعها يمين واحدة ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة ما لم يكن استماع الدعوى الثانية موقوفاً على حل وحسم الدعوى الأولى بحلف اليمين وفي تلك الحال يحلف اليمين لكل واحدة منها على حدة.

مثلاً: إذا ادعى المدعي قائلاً ان هذا الرجل مدين لفلان الغائب بعشرة دنانير وإني وكيل عن الغائب المذكور بالإدعاء بالدين وفي القبض وأنكر المدعى عليه الوكالة والدين معاً فإذا لم يثبت المدعي الوكالة فيحلف المدعى عليه أولاً بأنه لا يعلم أن الغائب قد وكل هذا المدعي بالإدعاء بالمبلغ المذكور وبقبضه فإذا حلف تنتهي الخصومة وإذا نكل تثبت الوكالة ثم بعد ذلك تجري المحاكمة في حق المدين فإذا لم يثبت المدعي الدين فيحلف المدعى عليه يميناً آخر على حدة من أجل الدين (الدرر).

المادة (١٧٥١) (إذا كلف القاضي من توجه إليه اليمين في الدعاوى المتعلقة بالمعاملات ونكل عنها صراحة أو دلالة بالسكوت بلا عذر فيحكم القاضي بنكوله وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت إليه ويبقى حكم القاضي على حاله)

إذا كلف من توجهت إليه اليمين في الدعاوى المتقطعة بالمعاملات باليمين مرة ونكل عنها صراحة بقوله: لا أحلف أو دلالة بالسكوت بلا عذر على ما جاء في المادة ٦٧ أي بدون أن يكون أصم أو اخرس حكم القاضي بنكوله لأن النكول عن اليمين أما بذلاً أو إقراراً وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت إليه ويبقى حكم القاضي على حاله لأنه بالنكول عن اليمين قد بطل حق اليمين ولا يعود الحق الساقط ولا ينقض أيضاً حكم القاضي نعلى ذلك إذا كلف أحد مرة بحلف اليمين ونكل عن الحلف فالحكم على الناكل صحيح إلا أن الأولى أن يكلف باليمين ثلاث مرات ذلك انه على القاضي أن يقول للمدعى عليه (انني اكلفك بحلف اليمين ثلاث مرات فإذا حلفت فبها وإلا فسأحكم عليك) ولكن لو كلف المدعى عليه بحلف اليمين ثلاث مرات ونكل عن الحلف بقوله لا أحلف إلا أنه قبل أن يحكم القاضي عليه عاد وقال أحلف فيحلف اليمين ولا يحكم عليه لأن هذا التحليف ليس فيه نقض لحكم القاضي.

إذا نكل ـ أما إذا كلف أحد بحلف اليمين وطلب الاستمهال ثلاثة أيام فلا يحكم القاضي بنكوله بل يمهله.

فلا يلتفت إلى يمينه ـ إن هذا القيد للاحتراز من البينة لأنه إذا حكم القاضي على المدعى عليه بنكوله عن الحلف ثم أراد المدعي إقامة البينة تقبل في بعض المسائل وهي:

إذا أراد المشتري رد المبيع بخيار العيب وأنكر البائع قدم المعيب المذكور، ولدى الإستحلاف والنكول حكم القاضي بإعادة المبيع إلى البائع فإذا ادعى البائع بعد ذلك بأن المشتري قد أبرأه من العيب المذكور وأثبت تقبل دعواه. إذا ادعى أحد الفرس التي في يد آخر قائلاً إنها ملكه وأنكر المدعى عليه وعند استحلافه نكل عن اليمين فحكم القاضي للمدعي بالفرس فإذا ادعى المدعى عليه المذكور بعد ذلك قائلاً إنني اشتريت الفرس المذكورة منه وأثبت ذلك بالبينة يقبل ولا يحرم من حقه لعدم إتيانه بهذا الدفع أولاً ولا يسقط حقه بسكوته انظر المادة (٦٧) (واقعات المفتين).

المادة (١٧٥٢) ـ (تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة)

أنظر المادة (٧٠) فعليه إذا قصد تحليف الأخرس يقال له (إذا كان هذا الحق لازماً عليك للمدعي فهل يلزمك على عهد الله تعالى) فإذا بين إشارته المعهودة بـ (نعم) يتم اليمين.

ملحق

المادة (١٧٥٣) ـ (إذا قال المدعي ليس لي شاهد مطلقاً ثم أراد أن يأتي بشهود أو قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر فلا يقبل)

إذا قال المدعي ليس لي شاهد مطلقاً ثم أراد أن يأتي بشهود أو قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر سأقيمه لا يقبل قوله لأن إحضار المدعي الشهود بعد قوله ليس لي شاهد مطلقاً مناقض لقوله الأول ولا يقبل القول المتناقض. الا يرى أنه إذا قال أحد ليس لي حق عند فلان مطلقاً ثم أنه ادعى بعد ذلك عليه بحق لا تقبل دعواه أما عند الإمام الأعظم فإذا قال لي شاهد آخر يقبل قوله كما أنه لو قال المدعي كل شاهد أقيمه هو شاهد زور أو قال أن فلان وفلان ليسا بشاهدين ولا يعلمان المشهود به ثم أراد بعد ذلك إقامة شهود فيجري في ذلك الإختلاف الآنف الذكر (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى والواقعات وعبد الحليم).

يفهم من المجلة أن خصوص نفي وحصر الشاهد قد حصل من المدعي بنفسه إذ أنه ليس للقاضي أن يجبر المدعي على نفي وحصر الشهود لأن إجبار المدعي على إيقاع تناقض ليس صحيحاً وجائزاً وقد أوضحت جمعية المجلة الملغاة هذه المادة على الوجه الآتي.

وهو أنه إذا قال المدعي ليس لي شاهد مطلقاً في الخصوصات التي لا يشترط فيها دعوى

ويجوز قبول الشهادة الحسبية فيها لا يمنع قبول الشهادة الحسبية التي لم تتأخر بلا عذر كما أن إقرار الولي والوصي في الدعوى المتعلقة باليتيم وغير الرشيد أو قول أمين بيت المال في دعوى تتعلق ببيت المال: ليس لي شاهد مطلقاً لا يمنع الشهادة توفيقاً لمسألتها الشرعية.

أما إذا قال المدعي بعد قوله ليس لي شاهد مطلقاً: إن المدعى عليه قد أشهد في غيابي فلاناً وفلاناً في الخصوص المدعى به وقد كنت غير مطلع على ذلك فقلت ليس لي شاهد مطلقاً وبما أني قد وقفت مؤخراً على وجود شهود فلدي شهود الآن وتصدى بذلك التوفيق الكلامين المتناقضين فيقبل الشهود الذين يقيمهم أما لو قال المدعي بعد إقراره بأنه ليس لي شاهد مطلقاً إنما قال ليس له شهود لنسيانه الشهود وأنه قد تذكر الآن وجودهم فلا يقبل الشهود منه لأنه بعذر كهذا لا يرتفع التناقض الذي وقع مؤخراً والقضاة ممنوعون بموجب هذه المادة من استماع الشهود الذين سيقيمهم انتهى.

كذلك إذا قال المتولي في دعوى متعلقة بالوقف بأنه ليس لديه شهود ثم أقام شهوداً يقبل منه.

أما إذا قال الشهود ليس لدينا شهادة في حق هذه الدعوى ثم شهدوا فتقبل شهادتهم على رواية لأنه يمكنهم أن يوفقوا كلامهم بقولهم أن قولنا ليس لنا شهادة في حق الدعوى لنسياننا شهادتنا ومعلوماتنا وقد تذكرنا ذلك الآن وعلى رواية أخرى لا تقبل (واقعات المفتين وعلي أفندي وابن نجيم) ولا يوجد شيء في المجلة عن هذه المسألة.

خلاصة الباب الثالث

١ ـ الحلف يكون باسم الله عز وجل.

يشترط شرطان لاعتبار اليمين، (١) أن تكون اليمين في حضور القاضي أو نائبه (٢) أن يكون التحليف من القاضي.

اليمين تكون أبداً على النفي على وجهين.

(١) اليمين. أما على السبب كاليمين على عدم وقوع شيء ما أو على الحاصل كاليمين على عدم بقاء شيء ما. أو على البتات. كاليمين على عدم وقوع شيء يتعلق بفعله من كل وجه أو بفعله من وجه أو بفعل غيره ادعى بلحوق علمه فيه.

(٢) اليمين أو على عدم العلم وهو حلف اليمين على عدم العلم على فعل غيره.

لا تتعدد اليمين: يحكم القاضي على الناكل عن اليمين صراحة أو دلالة.

(٣) التحليف: يمكن وضع قاعدتين عموميتين لمسائل توجيه اليمين على المدعى علبه وعدم توجهها.

القاعدة الأولى: كل موضع يلزم المدعى عليه فيه بإقراره تتوجه عليه اليمين في حالة الإنكار «ولذلك مستثنيات».

القاعدة الثانية: كل شخص لا يجوز إقراره في خصوص ما لا يتوجه عليه اليمين حالة الإنكار كسائل الوصي والولي والمتولي «ولها مستثنى».

وهو يتوجه اليمين في دعاوي الوقف والصغير في العقود التي يتولاها الولي أو المتولي.

تجري النيابة في التحليف. ولوكيل المدعي طلب تحليف المدعى عليه. ويشترط طلب الخصم في التحليف (وله مستثنيات).

التحليف حق القاضي، في التحليف أربعة أقوال:

١ ـ على الحاصل. ٢ ـ على السبب. ٣ ـ على رأي القاضي إن شاء حلف على الحاصل أو على السبب. ٤ ـ ينظر إلى إنكار المدعى عليه فإذا كان الإنكار على الحاصل يحلف على الحاصل.

الباب الرابع

في التنازع وترجيح البينات

ويشتمل على أربعة فصول

الفصل الأول

في بيان التنازع بالايدي

فائدة وضاعة اليد ـ يدعى نزاع اشخاص عديدين في حق وضع اليد على مال (التنازع بالايدي) ان وضع اليد على مال مجرداً عن الملكية موجب للفائدة وباعث للنزاع وتقبل فيها الدعوى واثباتها «الانقروي» لأنه إذا لم توجد بينة على الملكية فيستدل على الملكية بظاهر اليد. وان تمييز ذي اليد من الخارج أي تمييز ذي اليد من غير ذي اليد من أهم المسائل الضرورية في الدعوى إذ أنه بها يعلم المدعي من المدعى عليه أي أنه ينكشف بها أي الطرفين في الدعوى مدع وأيهما مدعى عليه فيكون الخارج مدعياً وذو اليد مدعى عليه ويطلب اثبات الدعوى من الخارج أنظر المادة (١٦٣٥) فاذا اثبتها فيها وإذا لم يثبت يحلف المدعى عليه ذو اليد المنكر أنظر المادة (٧٦) فاذا نكل يحكم للمدعي بالمدعى به بحكم المادة (١٨٢٠) بقضاء الاستحقاق أما إذا حلف اليمين فيحكم لصالح المدعى عليه بقضاء الترك ولا يحكم بقضاء الاستحقاق وإذا اقام المدعي البينة بعد الحكم بقضاء الترك فتقبل منه ويحكم بقضاء الاستحقاق لأنه حسب ما ذكر في شرح المادة (١٧٥١) تستمع في بعض المسائل شهود بعد اليمين. (الشرنبلالي وعبد الحليم والدر المنتقي).

لا اعتبار للتبدل الذي يحصل في وضاعة اليد أثناء الدعوى وهو:

أولاً: إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر وقبل اقامة البينة واثبات المدعى به باع المدعى عليه ذلك المال في محضر شهود فأثبت المدعي في مواجهة المدعى عليه بأن المال المذكور ملكه فيحكم القاضي للمدعي بالمال المذكور وإذا اثبت المدعى عليه أنه باع المال المذكور لآخر لا تقبل إلاّ أنه للمشتري أن يدعي ذلك المال من المقضي له وأن يثبت ذلك ويأخذه منه .

ثانياً: إذا أقام احد الدعوى بالمال الذي تحت يد أخر فباع المدعى عليه ذلك المال بعد الدعوى وقبل اقامة البينة لآخر بيعاً صحيحاً ثم اقام المدعي البينة على أن المال المذكور هو ماله

تقبل بينته وإذا اراد بعد ذلك أن يثبت المشتري في مواجهة المقضي له شراءه المال من المقضى عليه لا يقبل لأن الحكم الذي صدر على المقضي عليه هو حكم أيضاً على المشتري الذي تلقى الملك عنه (الخانية).

إلّا أنه إذا ادعى احد المال الذي في يد آخر .وأنكر المدعى عليه دعوى المدعي فكلفته المحكمة ليحضر المدعي شهوده فباع ذو اليد المال المذكور لشخص ثالث وسلمه له ثم أن المشتري أودع المال للبائع وسلمه إياه وغاب الشخص الثالث وأحضر المدعي بعد ذلك بينة ينظر: فاذا كان القاضي عالماً بالبيع الذي اجراه ذو اليد بالايداع المذكور أو كان المدعي مقراً بذلك أو اقيمت البينة على اقرار المدعي بالبيع والايداع فلا يسمع القاضي دعوى المدعي وبينته على ذي اليد المدعى عليه وإلّا فتقبل بينته ولا تقبل بينة ذي اليد على كونه باع ذلك المال إلى شخص ثالث وأنه استلمه منه بعد ذلك على طريق الوديعة (الخانية).

المادة (١٧٥٤) ـ (يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في العقار المنازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعي ولكن إذا ادعى المدعي قائلاً: اني كنت اشتريت ذلك العقار منك أو كنت غصبته مني فلا حاجة إلى اثبات كون المدعى عليه ذا اليد بالبينة وأيضاً لا حاجة إلى اثبات ذي اليد في المنقول على الوجه الذي ذكر آنفاً بل إذا وجد في يد أي شخص كان فهو ذو اليد وتصادق الطرفين كاف في هذا).

إذا أنكر المدعى عليه دعوى الملك المطلق في العقار المنازع فيه فلاجل صحة اقامة البينة[1] يلزم اثبات وضاعة اليد بالبينة لان دعوى الملك المطلق هي دعوى ازالة اليد وترك التعرض وطلب ازالة اليد انما يكون على ذي اليد أنظر المادة (١٦٣٥) ولا تثبت وضاعة اليد بعلم القاضي لأن علم القاضي ليس من اسباب الحكم (الحموي).

وكما انه تجوز اقامة البينة على وضاعة اليد من الخارج تجوز اقامتها أيضاً من ذي اليد وهو أنه إذا ادعى المدعي قائلاً: ان العقار الفلاني هو ملكي وأن المدعى عليه واضع اليد عليه بغير حق فيجب أولاً اقامة البينة على وضع يد المدعى عليه على العقار المذكور ثانياً اقامة البينة على أن العقار ملكه. كذلك لو قال المدعى عليه انني واضع اليد على ذلك العقار فله أيضاً اقامة البينة على وضع اليد ثم يقيم المدعي البينة على ملكيته في العقار.

أما إذا قال شاهدان اننا نشهد على وضاعة اليد وعلى كون العقار ملكاً للخارج معاً بقولهما اننا نشهد أن هذا العقار هو تحت يد المدعى عليه وهو ملك للمدعي وشهدا بذلك مرة واحدة أو

(١) إذا لم تكن البينة في دعوى العقار شهوداً بل كانت سندات الدفتر الخاقاني فالظاهر أنه لا يجب اثبات وضاعة اليد بالبينة.

شهد شاهدان أولاً بأن ذلك العقار ملك للمدعي ثم شهد المذكوران أو شاهدان خلافهما بأن العقار المذكور في يد المدعى عليه تقبل الشهادة (الزيلعي استنباطاً) ونظيره إذا شهد الشهود ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم فلا بد من آخرين يشهدان أن المحدود بتلك الحدود في يد المدعى عليه ليصح به القضاء (ابو السعود).

ولا يحكم بوضاعة اليد بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعي ولا يستمع بناء على ذلك شهود على دعوى الملك المطلق. لأنه يحتمل أن الطرفين يتصادقان ويتفقان في مسألة وضع اليد فتكون وسيلة لاخذهما عقار الغير بحكم القاضي ففي هذه الصورة إذا ثبتت وضاعة اليد بمجرد الاقرار وثبتت الملكية بالشهود وحكم بها لا ينفذ الحكم (الخانية في الدعوى وجامع الفصولين والانقروي).

ومع أن التصادق على وضاعة اليد لا يكفي لترك البينة إلّا أن التصادق على أن ذا اليد هو المدعى عليه كاف ليمين المدعى عليه وهو أنه: إذا كان الطرفان متصادقين بأن ذا اليد هو المدعى عليه فيحلف المدعى عليه على ان العقار ليس ملكاً للمدعي فاذا نكل يؤمر بترك التعرض.

وإذا لم يكن لدى المدعي شهود على وضع يد المدعى عليه يحلف المدعى عليه على أن العقار ليس تحت يده فاذا نكل يحلف ثانياً على أنه ليس ملكاً للمدعي فاذا نكل يؤمر بترك التعرض (جامع الفصولين والأنقروي).

والخلاصة أنه يوجد خمسة احتمالات في وضع اليد:

الاحتمال الأول: تصادق الطرفين على أن المدعي دو اليد على العقار وفي هذه الصورة لا تسمع بينة على ملكية المدعي فيقال للمدعي: ما دام أن العقار المدعى به في يدك فهو ملكك فما شأنك مع المدعى عليه ما لم يقل أن المدعى عليه يعارض فيه فاطلب دفع تعرضه أنظر مادة (١٦١٣). (الانقروي).

الاحتمال الثاني: تصادق الطرفين على أن ذا اليد على العقار هو المدعى عليه وفي هذه الصورة إذا لم تثبت وضاعة اليد عليه بالبينة فليس للمدعي اقامة البينة على الملكية وان ما بينته المجلة في تقريرها يشمل ذلك إلّا أنه في هذه الصورة يحلف المدعى عليه على أن العقار المدعى به ليس ملكاً للمدعي كما ذكر آنفاً.

الاحتمال الثالث: أن يكون المدعى عليه ذا اليد وأن يثبت وضاعة يده بالبينة.

الاحتمال الرابع: أن يكون المدعى عليه ذا اليد ومنكراً ذلك فيثبت المدعي بالبينة وضاعة يده. وان الفقرة الأولى من المجلة تشمل الاحتمال الثالث والرابع. فعليه إذا ادعى أحد على آخر عقاراً وقال المدعى عليه أن العقار المذكور ليس تحت يدي وأقام المدعي شهوداً شهدوا بأن العقار المذكور تحت يد المدعى عليه تقبل (الخانية).

الاحتمال الخامس: أن يدعي كلا الطرفين أنه واضع اليد على العقار المدعى به وسيجيء ذكر ذلك في المادة الآتية.

مستثنى - ويستثنى من لزوم اثبات وضاعة اليد في دعوى العقار مسائل الشراء والغصب والسرقة وهي أنه:

إذا ادعى المدعي قائلاً اني كنت اشتريت ذلك العقار منك أو من مورثك فلان أو كنت غصبته مني فيكفي تصادق الطرفين على وضاعة اليد ولا حاجة إلى اثبات كون المدعى عليه ذا اليد (الحموي).

لأنه تصح دعوى الغصب الذي هو فعل من ذي اليد ومن غير ذي اليد، فعليه كما يصح ادعاء أحد على آخر قائلاً (أنت غصبت عقاري الفلاني وهو في يدك فسلمه لي) يصح أيضاً ادعاؤه أيضاً بقوله (أنت غصبت عقاري وبعته وسلمته لفلان فاضمن بدله) حيث أن الغاصب إذا باع العقار المغصوب لآخر وسلمه إياه يكون عاجزاً عن رده واعادته إلى المغصوب منه ويلزم اعطاء بدله أنظر مادة (١٦٣٥) رد المحتار.

ادعاء الغصب - يكون أولاً بقول المدعي: غصبت. ثانياً بقوله: ان ذلك العقار ملكي وقد كان في يدي لحين أن حدثت يدك عليه بغير حق، ولا تكون دعوى الغصب بقول المدعي: ان ذلك العقار ملكي وان صاحب اليد قد احدث يده بغير حق أو بقوله: أنه ملكي وكان تحت يدي وان صاحب اليد قد احدث يده علي بغير حق (الانقروي).

ولا يلزم في دعوى الغصب والسرقة الشهادة على الغصب والسرقة وتكفي الشهادة على الملك فلذلك إذا ادعى المدعي الغصب وشهد الشهود الذين أقامهم بأن المدعى به ملك للمدعي ولم يشهدوا على الغصب أي أنه لو كانت دعوى المدعي دعوى الفعل على ذي اليد فلا حاجة لاقامة الشهود على ذلك الفعل بل تقبل الشهادة على الملك (فتاوى أبي السعود في الرهن والتسهيل).

صورة وضع اليد في العقار:

ان وضاعة اليد على الدار أن يسكن فيها أو أن يحدث ابنية فيها. وفي العرصة حفر بئر أو نهر أو قناة أو غرس اشجار أو زرع مزروعات أو انشاء ابنية أو صنع لبن وفي الحرج والغاب قطع الأشجار منها وبيعها وبالانتفاع منها بوجه قريب من ذلك، وفي المرعى قلع الحشائش وحفظها أو بيعها أو رعي الحيوانات فيها وما اشبه ذلك من التصرفات أنظر المادة (١٦٧٩) وشرحها وفي الحائط الاتصال به اتصال تربيع أو وضع الجذوع عليه. أما جود مفتاح باب الدار في يد احد فلا يكون بمجرد وجوده في يده ذايد. فلذلك إذا كان احد ساكناً في دار واشياؤه موضوعة فيها وكان مفتاح تلك الدار في يد آخر فالواضع اليد على الدار هو الساكن فيها وليس حامل مفتاح بابها.

اتصال التربيع ـ أن تكون احجار حائط متداخلة في احجار حائط آخر، فعليه في حالة تنازع على حائط ينظر: فإذا كان الحائط متصلاً ببناء أحدهما اتصالاً تربيعياً أو كان لأحدهما على الحائط جذوع فيعد الحائط أنه تحت يده. وسبب تسمية ذلك بالإتصال التربيعي هو لأن حائطين مع حائطين آخرين محـازيين لهما يحيطان مكاناً مربعاً.

ويخالف الاتصال التربيعي اتصال الملاصقة ـ وهو أن يكون أحجار حائط أو لبنه متصلة بأحجار الحائط الآخر أو بلبنه بدون أن يكون تداخل فيها، فلذلك إذا خرق حائط ووضعت في الخرق أحجار الحائط الآخر فالاتصال الذي حصل على هذا الوجه لا يكون اتصالاً تربيعياً (مجمع الأنهر في التنازع بالأيدي).

ان الذي يحدث يده تغلباً على مال لا يعد واضعاً اليد على ذلك المال في نفس الأمر، فعليه إذا ثبت للقاضي احداث يده تغلباً على ذلك الوجه يؤمر برد المال المذكور إلى الشخص الذي أخذه منه ويعد ذلك الشخص ذا اليد وعلى هذا الوجه تصح دعوى وضاعة اليد على غير ذي اليد وإذا ادعى ذلك الشخص بأن وضع يده على المال بحق وأنكر التغلب يحلف بالطلب.

مثلاً إذا ادعى قائلاً: إن هذا العقار كان منذ شهرين تحت يدي بحق وأن هذا المدعى عليه قد أخذه وغصبه مني جبراً وتحقق الأخذ بالجبر بالبينة أو بالنكول عن اليمين فيلزم رد ذلك العقار للمدعي إلا أن ذلك الرد لا يكون حكماً بأن الملك المذكور هو ملك المدعي ثم بعد ذلك يعتبر ذو اليد مدعى عليه ويعتبر الآخر مدعياً وتفصل دعوى الملكية (الانقروي).

وأيضاً لا حاجة إلى إثبات ذي اليد في المنقول على الوجه الذي ذكر آنفاً وتعلم وضاعة اليد في المنقول أيضاً بمعاينة القاضي فعليه إذا وجد المنقول في يد أي شخص كان فهو ذو اليد لأنه حسب المادة (١٦٢١) يلزم احضار المنقول إلى مجلس القاضي فيفهم واضع اليد على المنقول برؤيته في يده فلذلك لا حاجة لإثبات ذي اليد على المنقول كما هو الحال في العقار ويكفي تصادق الطرفين على وضاعة اليد وعلى هذه الصورة تثبت وضاعة اليد على المنقول:

(١) بالمشاهدة والعيان (٢) بالاقرار (٣) بالبينة مثلاً إذا أنكر المدعى عليه وجود المال المنقول في يده وادعى المدعي أن المال المنقول كان تحت يد المدعى عليه منذ سنة وأقام البينة على ذلك فتسمع البينة ويعتبر المدعى عليه ذا اليد (الهندية في التنازع).

بعض التصرفات لوضاعة اليد التي ترجح عن بعضها أو تتساوى فيها فيرجح:

١ ـ لابس الثوب على الآخذ بالكم.
٢ ـ راكب الدابة على الآخذ باللجام.
٣ ـ راكب السرج على الرديف.
٤ ـ صاحب الحمل على معلق الكوز.
٥ ـ ممسك اللجام على القابض على الذنب.

إيضاح المسألة الأولى ـ إذا تنازع إثنان في ثياب وكان أحدهما لابسها والآخر أخذ بأكمامها فيعد اللابس ذا اليد على الثياب.

إيضاح المسألة الثانية ـ اذا تنازع إثنان في وضاعة اليد على حيوان وكان أحدهما راكبه والآخر آخذاً بلجامه فيعد الراكب أولى من الآخذ لأن تصرفه أقوى «الدر المنتقى».

إيضاح المسألة الثالثة ـ اذا تنازع إثنان في وضاعة اليد على حيوان وكان أحدهما راكباً على السرج والآخر رديفاً فيعد الراكب أولى لأن تمكنه من الركوب دليل على تقدم يده.

إيضاح المسألة الرابعة ـ إذا تنازع إثنان في وضاعة اليد على حيوان وكان أحدهما محملاً حمله عليه والآخر معلقاً كوزه فيعد صاحب الحمل ذا اليد والآخر خارجاً لأن تصرف صاحب الحمل في الحيوان أكثر من تصرف الآخر (مجمع الأنهر في التنازع بالأيدي).

كذلك، لو اختلف إثنان في وضاعة اليد على قطار جمال وكان أحدهما قائداً والآخر راكباً على جمل من ذلك القطار فإذا وجدت جمال واثقال للراكب على الجمل فتكون جميع الجمال للراكب ويعد الآخر أجير الراكب (الخانية).

إيضاح المسألة الخامسة ـ إذا اختلف إثنان في وضاعة اليد على حيوان وكان أحدهما آخذاً بلجامه والآخر آخذاً بذنبه فالآخذ باللجام أولى لأن الغالب أن الآخذ باللجام المالك أما الآخذ بالذنب فيمكن لغير المالك أن يأخذ به (الدرر).

ويتساوى في وضع اليد:

١ ـ الراكبان بلا سرج.
٢ ـ الراكبان على سرج.
٣ ـ الجالس على البساط والممسك به.
٤ ـ أن يمسك طرفاً من الثياب والآخر طرفاً آخر منها.
٥ ـ الجالسان على البساط.

إيضاح المسألة الأولى ـ إذا كان إثنان راكبين على حيوان بلا سرج وادعى كل منهما بأن الحيوان ملكه فيحكم بوضاعة يدهما عليه مناصفة.

إيضاح المسألة الثانية ـ اذا كان إثنان راكبين على حيوان ذي سرج واختلفا على الوجه المشروح فيحكم لهما مناصفة لأنهما متساويان في التصرف بذلك الحيوان.

إيضاح المسألة الثالثة ـ لو كان أحد شخصين جالساً على البساط والآخر ممسكاً به واختلفا على الوجه المشروح فيعتبران واضعي اليد مناصفة (مجمع الأنهر).

إيضاح المسألة الرابعة ـ لو كان أحد اثنين ممسكاً أحد طرفي الثياب والآخر ممسكاً الطرف

الآخر وتنازعا على الثياب على الوجه المحرر فيحكم لهما مناصفة ولو كان القسم الذي في يد أحدهما أزيد من القسم الذي في يد الآخر.

إيضاح المسألة الخامسة - إذا كان إثنان جالسين على بساط واختلفا على الوجه المشروح فيحكم بأنهما واضعا اليد مناصفة (مجمع الأنهر والدرر).

المادة (١٧٥٥) (إذا تنازع شخصان في عقار وادعى كل منهما كونه ذا اليد في ذلك العقار تطلب أولاً البينة من كل واحد منهما على كونه ذا اليد فإذا أقام كل منهما البينة على ذلك تثبت يدهما مشتركاً على العقار وإذا أظهر أحدهما العجز عن إثبات وضع يده وأقام الآخر البينة على كونه واضع اليد يحكم بكونه ذا اليد ويعد الآخر خارجاً وإن لم يثبت أحد من الخصمين كونه ذا اليد يحلف كل منهما بطلب الآخر على عدم كون خصمه ذا اليد في ذلك العقار فإن نكل كل منهما عن اليمين يثبت كونهما ذوي اليد مشتركاً في ذلك العقار وان نكل أحدهما وحلف الآخر يكون الحالف واضع اليد مستقلاً في ذلك العقار ويعد الآخر خارجاً وان حلف كلاهما فلا يحكم لـواحـد منهما بكونه ذا اليد ويوقف العقار المدعى به إلى وقت ظهور حقيقة الحال).

إذا تنازع شخصان في عقار وادعى كل منهما كونه ذا اليد في ذلك العقار تطلب البينة أولاً من كل واحد منهما على كونه ذا اليد أي قبل استماع الشهود على الملكية وبهذه البينة يميز بين المدعي والمدعى عليه وينكشف على من تتوجه البينة منهما فإذا أقام كل منهما البينة على ذلك تثبت يدهما معاً على العقار ويكون كل منهما مدعى عليه في القسم الواضع اليد عليه ومدعياً في القسم الذي يكون فيه خارجاً لأنهما متساويان في أسباب الثبوت إلا أنه ما لم يثبت كون العقار المذكور ملكهما المشترك بالبينة أوبالاقرار فلا يقسم الملك بينهما بسبب ثبوت وضاعة يدهما مشتركاً (الانقروي). لأن وضع اليد متنوع كيد الاستعارة ويد الاستئجار ويد الارتهان ويد الغصب فلا تثبت الملكية بثبوت وضع اليد (الخيرية).

وقد بين في شرح المادة (١٦٧٩) أن بينة التاريخ المؤخر في وضاعة اليد مرجحة.

أما إذا ادعى أحدهما أنه ذو اليد على ذلك العقار مستقلاً وادعى الآخر أنه ذو اليد عليه مشتركاً مع خصمه وأثبت كل منهما مدعاه بالبينة فهل ترجح بينة أحدهما قياساً على أحكام المادة (١٧٦٢و ١٧٥٦)؟

وإذا أظهر أحدهما العجز عن إثبات وضع يده وأقام الآخر البينة على كونه واضع اليد يحكم بكونه ذا اليد مستقلاً ومدعى عليه ويعد الآخر خارجاً ومدعياً وتكون بينة الخارج على الملكية مقبولة

وبينة ذي اليد عليها غير مقبولة أنظر المادة (١٧٥٨) (الانقروي والدرر).

يسأل القاضي الشهود على وضاعة اليد هل هم يشهدون على وضاعة يد ذي اليد بناء على اقراره أو بناء على مشاهدتهم فإذا قالوا أنها مبنية على الاقرار فيردها وإذا بينوا أنها مبنية على المعاينة فيقبلها (الطحطاوي).

وإن لم يثبت أحد الخصمين كونه ذا اليد حال كونه يدعي بذلك يحلف كل منهما على البتات بطلب الآخر على عدم كون خصمه ذا اليد في ذلك العقار وسبب كون صورة اليمين على البتات مع كون اليمين على فعل الغير يفهم من مراجعة شرح المادة (١٧٤٨).

كان يجب توفيقاً للقاعدة الثانية الواردة في شرح المادة (١٧٤٢) عدم لزوم اليمين في ذلك لأن النكول عن اليمين عند الإمامين اقرار وعند الإمام بذل واحسان وبما أن الإقرار في وضاعة اليد غير معتبر فلا يعتبر أيضاً البذل والإحسان فيه؟ وفي هامش الانقروي أجيب على هذا السؤال إلا أنه ليس من الظاهر كفايته، وأجاب عنه صاحب المحيط أن تحليف المتغلب ههنا ليس لأجل كون الضياع في يده لأن ذلك ثابت باتفاق المدعي والمتغلب وإنما التحليف لأجل إثبات التغلب والأخذ من جهته وأخذ العقار والتغلب يثبت بالإقرار الا يرى أنه يصح الإقرار بغصب العقار والغصب ليس إلا الأخذ بطريق التغلب (هامش الانقروي).

فإن نكل كلاهما عن اليمين يثبت كونهما ذوي اليد مشتركاً في ذلك العقار ويكون كل منهما مدعياً في القسم الخارج فيه ومدعى عليه في القسم الذي تحت يده وفي هذه الحال إذا أقام أحدهما البينة على الملكية يحكم له بملكية جميع العقار، يحكم له بالنصف بقضاء الترك باعتباره ذا اليد وبالنصف الآخر بقضاء الاستحقاق لإثباته ذلك بالبينة، وفي هذه المسألة يكون قد استمعت البينة على الملكية مع عدم ثبوت وضاعة اليد بالبينة (الشارح) واذا لم يستطع أحدهما اقامة البينة على الملكية يحلف كل منهما بالطلب على دعوى الآخر الملكية وإذا نكل كلاهما يحكم لكل منهما بالحصة التي ادعاها الآخر وإذا حلف أحدهما ونكل الآخر يحكم بجميع العقار لمن حلف اليمين يحكم له بالنصف بقضاء الترك وبالنصف الآخر بقضاء الإستحقاق.

وإن نكل أحدهما وحلف الآخر يحكم بكون الحالف واضع اليد مستقلاً بذلك العقار ويعد الآخر خارجاً ويكون الخارج مدعياً وذا اليد مدعى عليه وإذا أقر ذو اليد لدى السؤال بأن العقار ملك للمدعي يحكم برده للمدعي وإذا أنكر تطلب البينة من المدعي حسب الشرح الوارد في المادة الأنفة فإذا أثبت يضبط العقار وإذا لم يثبت يحلف ذو اليد على كون العقار ليس ملكاً للمدعي واذا نكل يحكم برد العقار للمدعي أيضاً (الانقروي بزيادة).

وإذا حلف كل منهما فلا يحكم لاحد منهما بكونه ذا اليد ويوقف العقار المدعى به إلى ظهور حقيقة الحال أي الى وقت ظهور وتحقق حقيقة وضاعة اليد ولا تسمع دعوى الطرفين في ملكية ذلك العقار إلى حين الظهور لأنه إذا لم يعلم ذو اليد لا يمكن التفريق بين المدعي والمدعى عليه أنظر المادة (١٦٣٥) (الانقروي).

إذا ادعى التصرف في الاراضي الاميرية أو في المستغلات الوقفية فهل يجب اثبات وضاعة اليد في ذلك بالبينة؟ كما أن الدعوى في ذلك لا تتعلق بملكية العقار بل تتعلق بتصرفه أي بتملك منافعه فيرد للخاطر بأنه لا لزوم لاثبات وضاعة اليد في ذلك لانه من المقتضى العمل في هذه المسألة بعد الاطلاع على نقلها:

الفصل الثاني

في حق ترجيح البينات

قد الف بعض الفقهاء كغانم البغدادي والقصاري كتباً ورسالات في حن صور الترجيح في البيانات التي تكون مباينة لبعضها البعض كما أن مفتي الشام المرحوم محمود حمزة افندي قد الف كتاباً مختصراً ومفيداً بترتيب بديع في حق ترجيح البينات.

وفي البيانات المتباينة ثلاثة أحوال إذا لم تكن احداها تواتراً:

الحال الأول: أن تتهاتر البينتان إلى أن تسقطا عن العمل ويتفرع عن ذلك مسائل وهي: -

أولاً - إذا شهد شاهدان أن زيداً قتل عمراً بالكوفة يوم النحر وشهد آخران أن زيداً قتل عمراً يوم النحر في مكة فلا يعمل بأي هاتين الشهادتين لأنه معلوم يقيناً بين احداهما كذب إلّا أنه غير معلوم أيتهما الكاذبة كما أنه إذا اختلفا في زمان وآلة القتل فالحكم أيضاً على هذا المنوال.

ثانياً - إذا ادعى اثنان زواج امرأة في قيد الحياة وأنكرت المرأة دعوى الاثنين فاقاما البينة على ذلك تتهاتر البينتان لأنه لا يمكن العمل بها لعدم قبول المحل للاشتراك ويحكم القاضي بتفريقها منهما (ابو السعود وشرح الكنز والطريقة الواضحة).

ثالثاً - إذا ادعى الخارج وذو اليد أو كل واحد من الخارج والخارج الآخر الشراء من بعضهما يعني لو ادعى الخارج الشراء من ذي اليد وادعى ذو اليد الشراء من الخارج بدون بيان تاريخ تتهاتر البينتان ويترك المدعى به في يد ذي اليد (الطريقة الواضحة).

رابعاً - إذا ادعى احد ميراثاً من تركة المتوفي من جهة كونه ابن عمه وذكر الاسامي للجد واقام البينة على النسب وأقام المدعى عليه المنكر النسب والميراث البينة على أن حد المتوفي هو فلان غير الجد الذي ادعاه المدعي فاذا لم يحكم القاضي بالبينة الأولى قبل اقامة البينة الثانية فلا يحكم باحدى هاتين البينتين (الهندية).

خامساً - إذا ادعى احد المال الذي في يد آخر قائلاً: انه ملكي حتى أن ذا اليد قد اقر بذلك وأقام البينة على الاقرار وادعى المدعى عليه أن المال المذكور ملكه وأن المدعي قد اقر بأنه ملكه واقام البينة أيضاً على الاقرار فتتهاتر البينتان ويبقى المال بلا معارض في يد ذي اليد (الانقروي).

سادساً ـ تتهاتر بعض البينات المذكورة في المادة (١٧٦١)

الحال الثاني: أن يعمل بالبينتين.

الحال الثالث: أن يعمل باحداهما ترجيحاً وأن ترد الأخرى.

مثلاً إذا تنازع اثنان في مال فاذا كان الاثنان واضعي اليد واقاما البينة على ملكية كل منهما مستقلاً فيحكم لهما مناصفة أنظر المادة (١٧٥٦).

فاذا كان الاثنان خارجين وكان المال في يد شخص ثالث وأقام كلاهما البينة على ملكيتهما مستقلاً فيحكم لهما مناصفة أيضاً سواء كان ادعاؤهما الملك المطلق أو النتاج لأنه لما كانا متساويين في الدعوى والحجة لزم مساواتهما في الاستحقاق أيضاً، مثلاً لو ادعى اثنان أنهما آجرا الدار التي تحت يد آخر وطلبا منه تسليم الدار لتمام مدة الإيجار مع تأدية بدل الايجار وأقاما البينة على ذلك فيأخذان الدار وبدل الايجار مشتركاً (الولوالجية في الفصل الأول من الدعوى).

كذلك لو ادعى اثنان الفرس التي تحت يد آخر فادعى احدهما بأنها ملكه وأن ذا اليد غصبها منه وادعى الآخر بأن الفرس ملكه وأنه سلمها وديعة وأقام كلاهما البينة على ذلك يحكم لهما بالفرس مناصفة (البهجة) ـ أما إذا كان احدهما ذا اليد والآخر خارجاً فترجح بينة ذي اليد أنظر المادتين (١٧٥٧ و١٧٥٨) والقاعدة في ترجيح بينة على بينة أخرى هي:

قاعدة ـ ترجح البينة التي تكون على خلاف الظاهر. مثلاً إذا احترقت دار الوقف التي في تصرف احد بطريق الاجارتين فانشأها بماله مجدداً بلا اذن من المتولي ثم توفي بلا ولد وادعى الورثة بأن مورثهم قد انشأ تلك الدار لنفسه وادعى متولي الوقف أنه انشأها للوقف وأقام البينة على ذلك فترجح بينة المتولي لأن ظاهر الحال أن يبنى الانسان لنفسه (الخيرية).

أما إذا كانت إحدى البينتين تواتراً فحينئذ ترجح بينة التواتر.

مثلاً إذا تنازع أهل قريتين على ارض مرعى فادعى كل منهما أن المرعى المذكور مرعاه من القديم فترجح بينة جهة الطرف التي تكون الشهرة شائعة في جانبه (البهجة)؟

المادة (١٧٥٦) ـ (إذا كان اثنان متصرفين في مال على وجه الاشتراك وادعى احدهما أنه ملكه بالاستقلال وادعى الآخر أنه ملكه بالاشتراك فبينة الاستقلال أولى يعني إذا اراد كلاهما أن يقيم البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشتراك وإذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك يحكم لهما بذلك العقار مشتركاً وإذا عجز احدهما عن الاثبات واثبت الآخر يحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلاً).

إذا كان اثنان متصرفين في مال أي ذوي اليد عليه على وجه الاشتراك سواء كان المال منقولاً

أو عقاراً وادعى احدهما المال المذكور بأنه ملكه بالاستقلال وادعى الآخر أنه ملكه بالاشتراك فترجح بينة الاستقلال لان من يدعي الملك بالاشتراك هو مدع القسم الذي تحت يده ويثبت ملكيته فيه أما مدعي الملك بالاستقلال فهو يدعي ذلك النصف مع النصف الآخر وتجتمع في دعواه بينة الخارج وذو اليد وان بينة الخارج مرجحة كما هو مبين في المادة (١٧٥٧) الآتية الذكر (الولوالجية في الفصل الأول من الدعوى) وعلى هذه الصورة يكون مدعي الاستقلال قد اخذ القسم الـذي تحت يد خصمه بحكم القاضي والقسم الـذي تحت يده بدون حكم القاضي. لأنه حيث لا نزاع ولا دعوى في حق النصف الذي تحت يده فلا يصح الحكم بدون دعوى أنظر المادة (١٨٢٩) (مجمع الأنهر).

ويفهم من التقرير المشروح أن هذه المادة فرع لتلك المادة. فعليه إذا اراد كلاهما أن يقيم البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشتراك مثلاً إذا كانت فرس في يد الاثنين وادعى أحدهما أنها ملكه بالاستقلال وادعى الآخر أنها ملكه بالاشتراك واثبتا دعواهما ترجح بينة مدعي الاستقلال.

كذلك إذا كانت حديقة تحت يد اثنين وتوفي أحدهما وادعى ورثة المتوفي أن جميع الحديقة هي ملك للمتوفي وانها موروثة لهم عنه وادعى الآخر ان نصفها للمتوفي والنصف الآخر له وأقام الطرفان البينة على ذلك فترجح بينة الورثة (البهجة).

كذلك إذا كان اهل قريتين ذوي يد على مرعى وادعى اهل إحدى تلك القريتين بأن المرعى المذكور مرعاهما بالاستقلال وادعى اهل القرية الأخرى بأنه مرعاهما بالاشتراك مع القرية الأولى فترجح بينة الاستقلال.

إذا اراد كلاهما أن يقيم البينة ـ أما إذا عجزا عن اقامة البينة فعلى قول يحلف مدعي النصف لمدعي الجميع ولا يحلف مدعي الجميع لمدعي النصف ففي هذه الصورة إذا حلف مدعي النصف يكون القول قوله (المجموعة الجديدة) وعلى قول آخر يحلف الاثنان بالطلب فاذا نكل مدعي الاشتراك عن حلف اليمين وحلف مدعي الاستقلال اليمين يحكم بجميع ذلـك المال لمـدعي الاستقلال وبالعكس إذا نكل مدعي الاستقلال عن حلف اليمين وحلف مدعي الاشتراك اليمين يحكم لمدعي الاشتراك بمقدار دعواه ويترك الباقي في يد مدعي الاستقلال(هامش البهجة).

كذلك إذا كان مال في يد اشخاص ثلاثة وادعى أحدهم كل المال وادعى الثاني نصفه وادعى الثالث ثلثيه وأقام الثلاثة البينة فعند الإمام يقسم بينهم على طريق المنازعة وعند الامامين يقسم بينهم على طريق العول والمضاربة فاذا لم يقم أحدهم البينة فيحلف كل منهم في دعوى رفيقيه الاثنين.

وصورة حل هذه المسألة وادلتها تفصيلاً محررة في الفصل السابع من كتاب الشهادة من الولوالجية متصرفان على وجه الاشتراك ـ وفي ذلك ثلاث صور:

الأولى: أن يكون الاثنان ذوي يد وحكم ذلك مذكور في هذه المادة.

الثانية: أن يكون الاثنان خارجين وفي هذه الصورة لا تكون دعوى الاستقلال باعثة للترجيح ويحكم لجميع المدعيين بنسبة مدعاهما سواء كانت دعواهما دعوى الملك المطلق أو الملك المقيد مثلاً إذا ادعى اثنان المال الذي تحت يد شخص ثالث فادعى احدهما الملك بالاستقلال وادعى الآخر الملك بالاشتراك ولم يثبت احدهما دعواه فيحلف الشخص الثالث المنكر اليمين لكل مدعي من المدعيين فاذا حلف للاثنين يبرأ من خصومتهما ويبقى المال كالأول في يد الشخص الثالث (الأنقروي).

أما إذا اقام الاثنان البينة واثبتا مدعاهما فيقسم ذلك المال بينهما على الوجه الآتي فعند الإمام يحكم بثلاث ارباع ذلك المال لمدعي الكل وبربعه لمدعي النصف لأن مدعي النصف في ذلك المال ليس له أي نزاع في حق النصف الآخر فلذلك يبقى هذا النصف في يد مدعي الكل بلا منازع وفي هذا الحال يكون النزاع بينهما في النصف الآخر فيحكم بالنصف المذكور لهما مشتركاً أما عند الامامين فيحكم بينهم اثلاثاً فيأخذ مدعي الجميع سهمين ومدعي النصف سهماً واحداً (الدرر).

كذلك لو ادعى احد شراء جميع الدار التي تحت يد آخر بالف درهم وادعى آخر شراء نصفها منه بخمسمائة درهم وادعى ثالث شراء ثلثيها بستمائة درهم وأقام كل منهم البينة على مدعاه فتقسم الدار المذكورة بينهم عند الامام على سبيل المنازعة وعند الامامين على سبيل العول والمضاربة ويكون جميعهم مخيرين فان شاؤوا اخذوا حصتهم التي اصابتهم وان شاؤوا تركوها وإيضاح ذلك في الولوالجية.

وإذا ادعى كلاهما الاستقلال وأقاما البينة على ذلك يحكم لهما بذلك العقار[1] مشتركاً لأن كلا منهما خارج في النصف وذو اليد في النصف الآخر وباعتباره خارجاً فهو مدع فتطلب البينة منه فاذا اثبتا كلاهما يحكم لهما مناصفة والقسم الذي حكم به لكل منهما هو القسم الواضع اليد عليه الآخر وليس القسم الذي تحت يده أنظر مادة (١٧٥٧) أما إذا كان النزاع بينهما على الوجه المحرر وادعى خارج أن كل العقار المذكور ملكه مستقلاً واثبته فيحكم بنصفه للاثنين ذوي اليد ويحكم بالنصف الآخر للخارج (الانقروي).

وإذا عجز أحدهما واثبت الآخر يحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلاً لأن لاحدهما وضاعة يد فقط أما الآخر فقد اقام البينة ووضع اليد لا يكفي لمعارضة البينة.

وإذا عجز كلاهما عن الإثبات فيحلفان فإذا حلفا يتخلص كل منهما من دعوى الآخر ويبقى العقار في يدهما حسب وضاعة يدهما، أما إذا حلف أحدهما اليمين ونكل الآخر ينظر: فإذا كان كلاهما يدعي الاستقلال يحكم بكل العقار للحالف أما إذا كان طابق الدار السفلي تحت يد أحد وطابقها العلوي تحت يد آخر وكان طريق الطابق العلوي من ساحة الطابق السفلي وادعى كلاهما

(١) والحكم في المنقول على هذا الوجه (الشارح)

أن كل الدار له وأثبتا دعواهما فيحكم لكل منهما بما في يد الآخر لأن البينة للخارج أما إذا عجزا عن البينة فيحكم لصاحب الطابق العلوي بالعلوي وحق المرور ولصاحب السفلي بالسفلي ورقبة طريق العلوي إلا أن هذا الحكم يكون فيما إذا كانت الساحة في يد صاحب السفلي أما إذا كانت الساحة في يديهما معاً فيحكم لهما بالساحة مناصفة (الأنقروي والولوالجية في الفصل الأول من الدعوى).

الثالثة: أن يكون أحدهما ذا اليد والآخر خارجاً فعليه إذا ادعى الخارج من ذي اليد قائلاً: إن العقار الذي في يدك هو ملكنا المشترك وادعى ذو اليد أنه ملكي مشتركاً وأثبتا كلاهما دعواه فترجح بينة الإشتراك لأن البينة للخارج (هامش البهجة والمجموعة الجديدة).

المادة (١٧٥٧) - (بينة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق التي لم يبين فيها تاريخ مثلاً إذا ادعى أحد الدار التي هي في يد آخر قائلاً: إنها ملكي وأن هذا الرجل قد وضع يده عليها بغير حق وأنا أطلب أن تسلم لي وقال ذو اليد إن هذه الدار ملكي ولذا فأنا واضع اليد عليها بحق ترجح بينة الخارج وتسمع)

بينة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق الذي لم يبين فيها تاريخ الملك من الطرفين المتداعيين سواء بين تاريخ من طرف واحد أو لم يبين إذا لَمْ يدع أحد حين دعواه الملك المطلق على الآخر فعلاً كالغصب والإعارة والإيداع حيث أنه في هذه الصورة يكون المدعي خارجاً وأصبحت بينته بلا معارض انظر مادة (٧٦) (الشرنبلالي وعلي أفندي).

أما إذا ادعى أحد على الآخر الملك المطلق والفعل معاً وادعى الآخر الملك المطلق فقط فيحكم لمن ادعى الملك المطلق مع الفعل لأن بينته مثبتة الزيادة أما إذا ادعى كلاهما الملك المطلق والفعل معاً فيحكم لهما بالإشتراك لأنهما متساويان في الدعوى والحجة (الأنقروي).

الذي لم يبين فيها تاريخ - وتفصيل ذلك أنه إذا حدثت دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد ففيها أربعة احتمالات:

١ - ألا يذكر الخارج ولا ذو اليد تاريخاً.

٢ - أن يذكر أحدهما تاريخاً ولا يذكره الآخر.

٣ - أن يذكر كلاهما تاريخاً واحداً ففي هذه الصور الثلاث يحكم فيها للخارج.

٤ - أن يذكر أحدهما تاريخاً مقدماً ويذكر الآخر تاريخاً مؤخراً وفي هذه الصورة ترجح بينة التاريخ المقدم انظر مادة ١٧٦٠.

مثال للصورة الأولى - مثلاً إذا ادعى أحد الدار التي هي في يد آخر قائلاً: إنها ملكي وإن هذا الرجل قد وضع يده عليها بغير حق وأنا أطلب أن تسلم لي فقال ذو اليد أن هذه الدار ملكي ولهذا وضعت يدي عليها بحق ترجح بينة الخارج وتسمع.

كذلك إذا ادعى أحد ورثة متوفين بأن هذه الحديقة هي لمورثينا وأصبحت موروثة لنا وأثبتا ذلك ترجح بينة ورثة الخارج منهما (علي أفندي).

الخارج ـ الصورة المبينة أن يكون أحد الطرفين ذا اليد والآخر خارجاً أما إذا كان الطرفان خارجين أي إذا ادعى اثنان الملك المطلق في مال في يد آخر قائلاً كل منهما: ان المال المذكور له وأنكر واضع اليد دعواهما فإذا كان (أولا) لم يبين أحدهما تاريخاً (ثانياً) أو بين كلاهما تاريخا واحدا (ثالثاً) أو بين أحدهما تاريخاً ولم يبين الآخر تاريخاً وأثبت كلاهما دعواه فيحكم لهما مناصفة (الدرر والشرنبلالي).

كذلك لو ادعى ورثة متوف العرصة التي في يد آخر إنها ملك للمتوفي وأنها بوفاته أصبحت موروثة لهم حصراً وأقاموا البينة على ذلك فأقام ورثة متوف آخر دعوى على هذا الوجه وأثبتوها يحكم لهما مناصفة «الأنقروي».

٤ ـ أن يبين كلاهما تاريخاً ويكون تاريخ أحدهما أسبق وفي هذه الصورة يحكم لمن تاريخه أسبق انظر المادة (١٨٦٠).

٥ ـ أن يذكر كلاهما تاريخاً متحداً فهنا ترجح بينة الخارج.

الملك المطلق ـ إن دعوى الوقف من قبيل الملك المطلق مثلاً إذا ادعى بكر متولي وقف عمرو بأن الدر التي تحت يد آخر هي وقف عمرو المسجل وادعى ذو اليد أنها ملكه وأقام كل منهما البينة على دعواه ولم يبينا تاريخاً ترجح بينة بكر.

كذلك إذا ادعى متولي وقفين عقاراً بداعي أنه لوقفهما فكان أحدهما ذا اليد والآخر خارجاً فترجح بينة الخارج.

وتعبير الملك المطلق للاحتراز من الملك المقيد.

والملك المطلق على قسمين:

القسم الأول: أن يكون قابلاً لتكرار القيد وحكمه يبين في المادة (١٧٥٨) وهذا على نوعين:

النوع الأول ـ أن يدعي تلقي الملك عن واحد وأن يكون ذو اليد طرفاً واحداً وحكم ذلك بين في المادة الآتية بفقرة (أما ذو اليد الخ).

النوع الثاني ـ أن يدعي كل منهما الشراء من أشخاص مختلفين وأن يكون تاريخ أحدهما أسبق وهذا يبين في الفقرة الأولى من المادة الآتية:

القسم الثاني: ألا يكون القيد قابلاً للتكرر وحكمه موضح في المادة (١٧٥٩).

وبتعبير آخر إذا ادعى الملك المطلق يحترز من مسألتين:

المسألة الأولى: إذا ادعى اثنان العين التي في يد شخص ثالث قائلاً كل منهما أنه باعها للشخص الثالث بيعاً فاسداً وأقام كل منهما البينة على إقرار الشخص المذكور بأنه قد باع له المال المذكور بيعاً فاسداً فللمدعين المذكورين أن يأخذا من الشخص المذكور العين المدعى بها وقيمتها وأن يقتسماها.

أما إذا أثبت كل من الإثنين بيعه تلك العين للشخص المذكور مبنية على معاينة البيع وعلى القبض فإذا كان المبيع موجوداً عينياً يقتسمانه مناصفة وإذا كان مستهلكاً يأخذان بدلاً واحداً ويقتسمانه ولا يأخذان شيئاً زيادة عن ذلك واللائق أن يكون الحكم في الغصب على هذا المنوال (واقعات المفتين والخانية).

المسألة الثانية: إذا ادعى إثنان بأن كلا منهما باع المال الذي في يد الشخص الثالث بألف درهم للشخص الثالث على أن يكون مخيراً كذا يوماً وأثبت كل منهما دعواه فيحكم ببينتهما.

فإذا أمضى الإثنان البيع فيأخذ كل منهما ألف درهم من ذي اليد لأن كلا منهما عند الإمضاء قبل المشتري بالثمن ولا تضايق في الثمن فإذا أمضى أحدهما البيع والآخر فسخه فيأخذ الذي أمضى البيع نصف الثمن من المشتري لأنه لم يسلم للمشتري إلا نصف المبيع ويسترد الذي لم يمضِ البيع كل المبيع من المشتري وإذا فسخ كلاهما البيع يأخذان المبيعُ مناصفة (الخانية).

المادة (١٧٥٨) - (ترجح بينة الخارج أيضاً على بينة ذي اليد في دعاوى الملك المقيد بسبب قابل للتكرر. ولم يبين فيها التاريخ كالشراء لكونها في حكم دعوى الملك المطلق ولكن إذا ادعى كلاهما بأنهما تلقيا الملك من شخص واحد ترجح بينة ذي اليد. مثلاً إذا ادعى أحد على آخر الحانوت الذي في يده بأنه ملكي وأنا اشتريته من زيد وحال كونه ملكي بهذه الجهة وضع يده عليه هذا الرجل بغير حق وقال ذو اليد اشتريته من بكر أو هو موروث لي من والدي وبهذه الجهة قد وضعت يدي عليه ترجح بينة الخارج وتسمع ولكن إذا قال ذو اليد أنا اشتريت الحانوت من زيد ترجح بينة ذي اليد على بينة الخارج بهذا الحال).

ترجح بينة الخارج أيضاً على بينة ذي اليد في دعاوى الملك المقيد بسبب قابل للتكرر ولم يبين فيها التاريخ. (١) الشراء. (٢) والبناء. (٣) والغرس. (٤) وزراعة الحبوب لكونها في حكم دعوى الملك المطلق هذا إذا لم يدع الخارج وذو اليد تلقى الملك من شخص واحد أو إذا لم يدع ذو اليد تلقّي الملك من الخارج وعلى هذا الوجه إذا كان المملك أشخاصاً مختلفين فلا يعتبر سبق التاريخ (الدرر والشرنبلالي).

أما إذا كان المملك شخصاً واحداً فيعتبر فيه سبق التاريخ كما بين في الفقرة الآتية:

وترجيح بينة الخارج في ذلك مقيد بأربعة قيود.

القيد الأول: ألا يدعي كل من الخارج وذي اليد ويثبت الشراء من صاحبه أما إذا ادعى الخارج الشراء من ذي اليد وادعى ذو اليد الشراء من الخارج وأثبت كلاهما تتهاتر البينتان ويبقى المال المدعى به في يد ذي اليد كالسابق (الدرر).

القيد الثاني: ألا يدعي ذو اليد تلقى الملك من الخارج فعليه إذا ادعى الخارج أن هذا المال مالي مدعياً من ذي اليد الملك المطلق ودفع ذو اليد الدعوى بقوله: اشتريته منك وأقام الإثنان البينة فبينة ذي اليد أولى (الدرر).

العقد الثالث: ألا يدعي الخارج وذو اليد تلقى الملك من شخص واحد وسيبين المحترز عنه في هذا القيد في الفقرة الآتية:

وهو: ولكن إذا ادعى كلاهما بأنهما تلقيا أو تلقى مورثهما الملك من شخص واحد ترجح بينة ذي اليد مثلاً إذا ادعى زيد وارث المتوفي البستان الذي في يد عمرو قائلاً: أن مورثي قد اشترى هذا البستان من بكر وادعى عمرو أنه اشترى البستان من عمرو وأقام كلاهما البينة ولم يبينا في دعواهما تاريخاً ترجح بينة عمرو (علي أفندي).

القيد الرابع: أن يكون أحد الطرفين ذا اليد والآخر خارجاً أما إذا كان كلاهما خارجاً فيحكم لهما مناصفة، مثلاً إذا ادعى إثنان المال في يد آخر قائلاً كل منهما: إنه اشترى المال المذكور من فلان وأثبت كلاهما دعواه يحكم لهما مناصفة سواء بين كلاهما تاريخاً واحداً أو بين أحدهما تاريخاً والآخر لم يبين (الدرر).

الشراء: قابل للتكرار لأن زيداً يبيع لعمرو وعمراً يبيع بعد القبض لبكر أو يهبه ويسلمه ثم ان زيداً يشتريه من بكر.

البناء: قابل للتكرار لأنه يبنى في عرصة ثم أنه ينقض من تلك العرصة فيبنى في عرصة أخرى.

والغرس أيضاً على هذا الوجه لأن الغرس يزرع في محل ثم يقلع منه ويغرس في محل آخر.

زراعة الحبوب: قابلة للتكرار أيضاً لأن البذر بعد زرعه في الأرض يجمع من الأرض ويغربل ويبذر ثانياً (مجمع الأنهر).

وإذا تردد في قابلية السبب للتكرار وعدمه يسأل أهل الخبرة فإذا تردد أهل الخبرة في ذلك يعتبر في حكم دعوى الملك المطلق وترجح بينة الخارج (مجمع الأنهر).

مثلاً، إذا ادعى أحد على آخر الحانوت الذي في يده قائلاً إنني اشتريته من زيد وهو ملكي وقد وضع يده عليه هذا الرجل بغير حق وقال ذو اليد: إنني اشتريته من بكر أو موروث لي عن أبي

وبهذه الجهة قد وضعت يدي عليه ترجح بيّنة الخارج وتسمع.

كذلك إذا ادعى أحد الحانوت الذي في يد آخر قائلاً: إن هذا الحانوت هو ملكي لأنني أنشأته وان هذا الرجل واضع اليد عليه بغير حق وادعى ذو اليد بأنه هو الذي أنشأه وأنه واضع اليد عليه بحق فترجح بيّنة الخارج (مجمع الأنهر).

أما إذا ادعى الخارج قائلاً: إن هذه الدكان ملكي لأنني اشتريتها من زيد وان هذا الرجل واضع اليد عليها بغير حق وادعى ذو اليد أيضاً أنه اشترى الحانوت المذكور من زيد المذكور أي كان المملك شخصاً واحداً ففي تلك الحال ترجح بيّنة ذِي اليد على بيّنة الخارج، أما إذا كان المملك شخصين مختلفين وذكر تاريخ فحكم ذلك مذكور في المادة ١٧٦٠ كما أنه إذا لم يذكر تاريخ يرجع إلى الفقرة الأولى من هذه المادة. كذلك إذا ادعى المتخاصمان تلقى مورثهما الملك من شخص واحد فترجح أيضاً بيّنة ذي اليد على بيّنة الخارج (البهجة وعلي أفندي).

كذلك إذا ادعى أحد المال الذي في يد زوجته قائلاً عنه: إنه مالي وقد اشتريته من زيد وقالت الزوجة: إنه مالي وقد وكلت زوجي في شرائه من زيد وهو اشتراه لي بالوكالة وأقام كلاهما البيّنة فترجح بيّنة الزوجة لأنها في منزلة ذي اليد والخارج في دعوى تلقى الملك من شخص واحد وفيها ذو اليد أولى (الأنقروي من الترجيح).

وفقرة: ولكن إذا قال ذو اليد ألخ . . . تفصل على الوجه الآتي:

المدعى به: إذا كان حانوتاً مثلاً ففي ذلك ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يكون الحانوت المذكور حين المخاصمة في يد البائع فعليه إذا كان المدعى به في يد البائع فدعى اثنان البائع إلى حضور المحكمة وادعى كل منهما أن المال المذكور الذي في يد البائع هو ملكه وانه اشتراه منه وأنكر البائع دعوى الاثنين وأقام كلاهما البيّنة؛ فإذا ذكرا تاريخا واحداً، أو لم يذكر أحدهما تاريخاً يحكم بالمدعى به لهما مناصفة لأنه في هاتين الصورتين يتساوى المدعيان في الدعوى والحجة إلاّ أنه في هذه الصورة كلا المدعيين مخيران إن شاءا قبلا المدعى به بنصف الثمن المسمى وإن شاءا فسخا البيع بخيار تفرق الصفقة أنظر شرح المادة (٣٥١) وفي هذا الحال لو ترك أحد المدعيين حصته قبل القضاء فللآخر أخذ كل المدعى به أما إذا ترك حصته بعد القضاء فليس له ذلك (الدرر).

المسألة (٣) ـ ان يذكر أحدهما تاريخاً والا يذكر الآخر ذلك ففي هذا الحال ترجح بيّنة من بين تاريخاً (الولوالجية في الفصل من الدعوى).

(٤) ـ ان يبينّ كلاهما تاريخاً ويكون تاريخ أحدهما أقدم من تاريخ الآخر فيحكم لمدعي التاريخ الأسبق «البهجة».

الصورة الثانية: أن يكون المدعي والمدعى عليه واضعي اليد معاً على الحانوت فإذا أقام

كلاهما البيّنة في هذه الصورة فيحكم لهما مناصفة إذا:

(١) ـ ذكر كلاهما تاريخاً واحداً (٢) ـ إذا لم يذكر أحدهما تاريخاً (٣) ـ أن يذكر أحدهما تاريخاً ولا يذكر الآخر وهذه الصور الثلاث تستفاد من الفقرة الثالثة من المادة «١٧٥٦» (٤) ـ أن يذكر كلاهما تاريخاً وأن يكون تاريخ أحدهم أسبق فيحكم لمن كان تاريخه أسبق أنظر المادة «١٧٦٠».

الصورة الثالثة: أن يكون أحدهما واضعاً اليد على الحانوت فإذا أقام كلاهما البيّنة يحكم لذي اليد في الصور الثلاث.

١ - إذا ذكرا تاريخاً واحداً.
٢ : إذا لم يذكر أحدهما تاريخاً.
٣ - أن يذكر أحدهما تاريخاً ولا يذكر الآخر.
إن المسألة الواردة في فقرة (ولكن إذا قال ذو اليد) ألخ تشمل الأقسام الثلاثة في الصورة الثالثة.

٤ - أن يذكر أحدهما تاريخاً مقدماً والآخر تاريخاً مؤخراً فيحكم لمن تاريخه أسبق أنظر المادة (١٧٦٠).

المادة (١٧٥٩) ـ (بيّنة ذي اليد أولى في دعاوى الملك المقيد بسبب غير قابل للتنكر كالنتاج مثلاً لو تنازع الخارج وذو اليد في مهرة وادعى كل منهما أنها ماله ومولودة من فرسه ترجح بيّنة ذي اليد).

بيّنة ذي اليد في دعاوى الملك المقيد بسبب غير قابل للتكرر كالنتاج إذا لم يدع الخارج أو ذو اليد فعلاً آخر مع النتاج أولى قبل الحكم وكحلب اللبن وكقص الصوف ونسج الثياب القطنية التي تقبل النسج مرة واحدة وكغزل القطن وكسلخ الجلد لأن النبي الكريم ﷺ قد حكم لذي اليد في دعوى النتاج (الحموي).

ولا اعتبار للتاريخ في دعوى النتاج سواء أكان تاريخهما متحداً أو مختلفاً إلاّ أنه إذا ذكر تاريخ مستحيل لا يوافق سن المدعى به فينظر إلى التاريخ حسب المادة (١٧٦١) (مجمع الأنهر).

مثلاً لو تنازع الخارج وذو اليد في مهرة وادعى كل منهما أنها ماله ومولودة من فرسه ترجح بيّنة ذي اليد.

وصورة الشهادة على النتاج تكون بقول الشاهد إنها في يد المدعي وملك له نتاجاً أما إذا قال الشهود أنها في يده نتاجاً ولم يقولوا ملكه فلا تقبل شهادتهم لأن الحيوان ينتج أحياناً في يد الراعي الذي هو أجير المالك وعلى هذه الصورة فنتاج الحيوان عنده لا يعد دليلاً على الملك.

كذلك إذا شهد الشهود أن القماش نسجه ذو اليد ولم يشهدوا بأنه ملكه لا تقبل شهادتهم لأنه

من الجائز أن يكون نسج القماش من ذي اليد بأمر من المدعي (الولوالجية في الفصل الأول في الدعوى).

تفصل هذه المادة:

يوجد ثلاث صور في المدعى به:

الصورة الأولى: أن يكون أحد الطرفين واضع اليد والآخر خارجاً وهذا هو المقصود في هذه المادة فإذا ادعى اثنان نتاج حيوان في يد أحدهما واثبتا ذلك.

١ - إذا لم يبين أحدهما تاريخاً يحكم لذي اليد.

٢ - إذا ذكر كلاهما تاريخاً واحداً ووافقت السن التاريخ أو كان مشكلاً يحكم لذي اليد لأن سن الحيوان إذا كانت مشكلة يثبت التاريخ ويكون كأنه لم يذكر تاريخ (الدرر).

٣ - أن يبيّن أحدهما تاريخاً مقدماً والآخر تاريخاً مؤخراً ففي هذه الصورة يحكم لمن توافق سن الحيوان التاريخ الذي بيّنه وإذا كانت موافقة سن الحيوان للتاريخ الذي بيّناه مشكلاً فيحكم لذي اليد وإذا كان معلوماً أن سن الحيوان غير موافقة لادعاء أحدهما ومشكلة وغير معلوم في حق الآخر فيحكم للمشكل وإذا كان غير موافق لأحدهما يتهاتر حيث إنه قد ظهر كذب الطرفين في دعواهما فلا يحكم لأحدهما ويبقى الحيوان في يد ذي اليد عليه (الدرر).

أنظر مادة (١٧٦١).

٤ - أن يذكر أحدهما تاريخاً ولا يذكر الآخر ففي هذا الحال إذا كانت سن الحيوان موافقا للتاريخ فيحكم له وإذا كانت مشكلة يحكم لذي اليد أنظر مادة (١٧٦١).

وقد فهم من التفصيلات الآنفة أن الحكم لذي اليد هو في بعض الصور.

الصورة الثانية: أن يكون كلاهما ذا يد فإذا ادعيا ملكية المهرة التي تحت يدهما على كونها ملكهما نتاجاً وأثبتا ذلك.

١ - أما ألاّ يبينّ أحدهما تاريخاً وفي هذا الحال يحكم لهما مناصفة لأن بيّنة أحدهما لم تكن أولى من بيّنة الآخر.

٢ - وأما أن يبيّنا تاريخاً واحداً فإذا وافقت سن الحيوان التاريخ أو كان مشكلاً فيحكم لهما مناصفة وإذا لم توافق سن الحيوان التاريخ فتبطل بيّنتهما لأنه في هذا الحال يكون قد ظهر كذب البيّنتين وفي هذه الصورة يبقى الحيوان في يد واضع اليد (الدرر).

٣ - أن يذكر أحدهما تاريخاً مقدماً ويذكر الآخر تاريخاً مؤخراً فيحكم لمن توافق سن الحيوان تاريخه فإذا لم توافق سنه تاريخ أحدهما تبطل بيّنتهما وإذا علم عدم موافقة سن الحيوان لتاريخ أحدهما وكان مشكوكاً في عدم موافقة سن الحيوان لتاريخ الآخر فيحكم للمشكوك في تاريخه وإذا

كانت سن الحيوان مشكوكاً في موافقته لتاريخ كليهما فيحكم لهما مناصفة.

٤ - وأما أن يذكر أحدهما تاريخاً ولا يذكره الآخر فإذا كانت سن الحيوان توافق المؤرخ فيحكم له وإذا لم توافق يحكم لغير المؤرخ وإذا كان مشكلاً يحكم مناصفة.

الصورة الثالثة: أن يذكر أحدهما تاريخاً مقدماً والآخر مؤخراً فيحكم لمن توافق سن تاريخه فإذا لم توافق سن الحيوان تاريخ كليهما تبطل بيّنتهما وإذا كانت سن الحيوان مشكلة وبتعبير آخر كانت سن الحيوان غير معلومة يحكم لهما مناصفة وإذا كانت سن الحيوان موافقة لتاريخ أحدهما ولم توافق تاريخ الآخر فيحكم للمجهول.

٤ - أن يذكر أحدهما تاريخاً وألّا يذكره الآخر فإذا كانت سن الحيوان موافقة للتاريخ المؤرخ فيحكم له وإذا كانت مخالفة فيحكم لغير المؤرخ.

والمقصود من النتاج أعم من النتاج في ملك ذي اليد أو بائعه أو مورثه فلذلك إذا كان في يد أحد مهر اشتراه من آخر فادعاه شخص قائلاً: إنه ملكي نتاجاً وادعى ذو اليد أنه اشتراه من البائع نتاجاً من فرس البائع فترجح بيّنة ذي اليد «التنقيح والحموي».

إذا لم يدع الخارج من ذي اليد فعلاً آخر مع النتاج - أما إذا ادعى الخارج على ذي اليد فعلا كالرهن أو الغصب أو الإجارة أو الإعارة أو الإيداع فترجح بيّنة الخارج مثلاً. إذا ادعى أحد المهر الذي في يد آخر قائلاً: إنه ملكي نتاجاً من فرس وقد غصبته مني وادعى ذو اليد أن المهر المذكور ملكه نتاجاً من فرسه فترجح بيّنة الخارج (التنقيح والبهجة والدرر).

فعليه إذا ادعى كل من الخارج وذي اليد النتاج فترجح بيّنة ذي اليد. فكذلك ادعى ذو اليد النتاج والخارج الملك المطلق ترجح بيّنة ذي اليد «التنقيح والدرر» وبالعكس إذا ادعى ذو اليد الملك المطلق والخارج النتاج ترجح أيضاً بيّنة النتاج (الحموي).

قيل قبل الحكم. لأنه لا تكون تلك البيّنة أولى بعد الحكم مثلاً. إذا ادعى كل من الخارج وذو اليد النتاج وأثبتا دعواهما ترجح بيّنة ذي اليد، أما إذا ادعى الخارج النتاج وأثبته وحكم ثم ادعى ذو اليد النتاج وأثبتها فلا ينقض الحكم الأول أنظر المادة «١٧٧٠» وشرحها.

إن هذه المادة هي مكملة ومتممة للمادة «١٧٦١».

مستثنى: إذا وجد في يد كل من اثنين شاة وادعى كل منهما أن الشاة التي في يد صاحبه هي ملكه نتاجاً من الشاة التي تحت يده وأقاما البيّنة وأثبتا مدعاهما ينظر فإذا كانت سن الشاتين مشكلة فيحكم لكل مدع بالشاة التي تحت يد صاحبه ولا ترجح في هذه المسألة بيّنة ذي اليد حيث إن المدعيين متساويان في دعوى النتاج كما أن بيّنتهما متعارضة فلا تعتبر دعوى النتاج ويعتبر كأنهما ادعيا الملك المطلق فلذلك يحكم في كل شاة ببيّنة الخارج حسب المادة «١٧٥٧».

المادة (١٧٦٠)- (بينة من تاريخه مقدم أولى في دعوى الملك المؤرخ مثلاً إذا ادعى أحد على العرصة التي هي في يد آخر بأني اشتريتها قبل هذا التاريخ بسنة من فلان وقال ذو اليد أنها موروثة لي من والدي الذي توفي قبل هذا التاريخ بخمس سنين فترجح بينة ذي اليد وان قال هي موروثة من أبي الذي مات قبل ستة أشهر ترجح بينة الخارج على هذا الحال. كذلك إذا ادعى كل من الخصمين أنه اشترى المدعى به من شخص غير الذي اشترى منه الآخر وبينا تاريخ تملك بائعها فترجح بينة من تاريخ تملكه مقدم على الآخر).

التملك في بينة من تاريخ تملكه مقدم أولى في دعوى الملك والوقف المؤرخ سواء كان صاحب التاريخ المقدم ذا اليد أو الخارج لأن صاحب التاريخ المقدم يكون قد أثبت أنه يملك قبل الآخر فإذا لم يثبت صاحب التاريخ المؤخر تلقّي الملك عن صاحب التاريخ المقدم فلا يتملك الملك (علي أفندي والدرر).

أما إذا كان تاريخها متساوياً فبينة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق أنظر المادة (١٧٥٧) وشرحها.

الملك المؤرخ: هو أن يبين كل من الطرفين تاريخ التملك بصورة قطعية سواء كان المدعى به في يد أحد المتخاصمين أو كان في يد شخص ثالث أنظر شرح المادة (١٧٥٧) «الدرر» وذكر عبارة الملك المؤرخ هو للاحتراز من حكم السند المبين تاريخ وجوب الدين ومن السند الحاوي تاريخ الإبراء لأنه إذا ادعى أحد على آخر ديناً كذا ديناراً وأبرز سنداً بذلك ثم أن المدعى عليه دفع الدعوى بإبراز سند يتضمن ابراءه ينظر: فإذا كان السندان مؤرخين يعمل بالسند المؤخر تاريخه وبتعبير إذا كان تاريخ سند الدين مقدماً وسند الإبراء مؤخراً يعمل بالإبراء، وبالعكس إذا كان سند الإبراء مقدماً تاريخه وسند الدين مؤخراً تاريخه يعمل بسند الدين أما إذا كان السندان عاريين عن التاريخ أو كان أحدهما مؤرخاً والآخر بلا تاريخ يعتبر تاريخ سند الإبراء مؤخراً ويحكم بالإبراء أنظر المادة (٨) (الواقعات).

تاريخ التملك ـ يعتبر تاريخ التملك أما تاريخ الغيبة فلا يعتبر. مثلاً إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: هذا المال مالي (قد سرق مني منذ سنة) وادعى ذو اليد أنه ملكه منذ خمس سنوات فترجح بينة الخارج ولا يلتفت إلى بينة المدعى عليه لأن التاريخ الذي ذكره المدعي هو تاريخ غيبوبة المدعى به من يده وليس تاريخ ملكه لأن التاريخ الذي ذكره ذو اليد غير معتبر لانفراده أنظر المادة (١٧٥٧) (الدرر وصرة الفتاوى والبهجة).

من تاريخه مقدم ـ ويستفاد من هذه العبارة أن يبين كل من الطرفين تاريخاً فلذلك لا يعتبر التاريخ الذي بين من جانب واحد فعلى هذه الصورة إذا بين تاريخ من طرف ولم يبين من الطرف

الآخر فترجح بينة الخارج حسب المادة (١٧٥٧) (الولواجية في الفصل الأول من الدعوى والشرنبلالي).

مثلاً لو ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: هذا المال مالي وادعى الآخر أن المال المذكور ملكه منذ ست سنوات وأقام كلاهما البينة على دعواه فترجح بينة الخارج.

يشترط أن يكون التاريخ المبين قطعياً أما إذا ذكر التاريخ مع الشك والتردد فالمعتبر هو الأقل المتيقن ويكون الأكثر بلا حكم. مثلاً إذا ادعى أحد الدار التي في يد آخر قائلاً: إن الدار ملكي منذ سنتين وشهد الشهود أن تلك الدار ملك للمدعي منذ سنة أو سنتين وادعى الآخر أن الدار المذكورة ملكه منذ سنتين وشهد الشهود على أنها ملكه منذ سنتين فترجح بينة ذي اليد لأن شهود الخارج قد شكوا في المدة الزائدة عن السنة فتقبل على سنة وفي هذا الحال أصبح تاريخ الآخر اسبق (الولواجية في الفصل الأول من الدعوى).

مثال على كون تاريخ تملك أحد الطرفين أقدم وكون المال المنازع فيه في يد أحد الخصمين. مثلاً إذا إدعى العرصة التي هي في يد آخر قائلاً إني اشتريتها قبل هذا التاريخ بسنة من فلان وقال ذو اليد إنها مورثة لي من والدي الذي توفي قبل هذا التاريخ بخمس سنين فترجح بينة ذي اليد لأن تاريخ ملكه مقدم وليست وضاعة اليد هي سبب الترجيح وان قال المدعى عليه جواباً على الدعوى هي موروثة عن أبي الذي توفي قبل ستة أشهر ففي تلك الحال ترجح بينة الخارج لأنه في هذه الصورة يكون تاريخ تملك الخارج مقدماً ويدل هذا المثال على أن بينة من تاريخه أسبق مرجحة سواء كان ذا يد أو خارجاً (الخانية والانقروي).

مثال على كون تاريخ تملك أحد بائعي الطرفين أقدم من تاريخ الآخر. إذا ادعى كل من الخصمين أنه اشترى المدعى به الذي هو في يد أحدهما فقط من شخص غير الذي اشترى منه الآخر وبينا تاريخ تملك بائعهما ترجح بينة من تاريخ تملكه مقدم على الآخر أما إذا ادعيا تلقي الشراء من شخص واحد فقد بين حكم ذلك في فقرة (ولكن إذا قال ذو اليد) الخ من المادة (١٧٥٨).

مثال على وجود المال المنازع فيه في يد شخص ثالث: إذا ادعى أحد الدار التي هي لآخر قائلاً: إن هذه الدار ملكي منذ سنة وأقام البينة وادعى شخص آخر قائلاً: إن هذه الدار كانت ملكاً لشخص آخر وقد اشتريتها منه منذ سنتين وأقام البينة على ذلك فيحكم للشخص المذكور.

مثال على الوقف المؤرخ ـ ترجح بينة الطرف الأقدم تاريخاً في دعوى الوقف المؤرخ؛ مثلاً إذا إدعى كل من متولي وقف وقفية عقار ببيان تاريخ الوقف وكان تاريخ أحدهما أقدم من تاريخ الآخر فترجح بينة المتولي الذي تاريخه أقدم.

المادة (١٧٦١) ـ (لا يعتبر التاريخ في دعوى النتاج وترجح بينة ذي اليد

كما ذكر آنفاً إلا أنه إذا لم تـوافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد ووافقت تاريخ الخارج ترجح بينة الخارج وإن خالفت تاريخ كليهما أو لم يكن معلوماً فتكون بينة كليهما متهاترة يعني متساقطة ويترك المدعى به في يد ذي اليد ويبقى له).

لا يعتبر التاريخ في دعوى النتاج سواء كان تاريخهما متساوياً أو كان أحدهما مقدماً والآخر مؤخراً أو لم يبين الطرفان تاريخاً أو بين أحدهما تاريخاً والآخر سكت عن البيان وترجح بينة ذي اليد كما ذكر آنفاً. إذا لم يدع الخارج فعلاً كالغصب والإجارة والعارية والإيداع وكان تاريخهما موافقاً لسن الحيوان (البحر).

والمقصود من عبارة (آنفاً) هي المادة (١٧٥٩) وقد كرر ذكر ذلك توطئة للفقرة الآتية(رد المحتار).

إلا أنه إذا لم توافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد ووافقت تاريخ الخارج السن التي بينها المدعى عليه فترجح بينة الخارج لأن ظاهر الحال قد كذب بينة ذي اليد مع أن بينة الخارج موافقة لظاهر الحال (الدر المختار والولوالجية).

الخارج - وتعبير (الخارج) ليس قيداً احترازياً ويجري حكم هذه المادة الصور الثلاث الآتية الذكر:

١ - يكون الطرفان ذوي يد.
٢ - يكونان خارجين.
٣ - يكون أحدهما ذا يد والآخر خارجاً.

ففي جميع هذه الصور إذا كان تاريخ الطرفين مختلفاً وكانت سن الحيوان موافقة لأحد التاريخين ومخالفة لتاريخ الآخر يحكم للطرف الذي تاريخه مؤخر (رد المحتار).

(١) وإن خالفت سن الحيوان تاريخ كليهما(٢) أو كانت مشكلاً وبتعبير آخر لم يكن معلوماً كونها موافقة أو مخالفة ففي هاتين الصورتين تكون البينتان متهاترين يعني متساقطة ويترك المدعى به بقضاء الترك في يد ذي اليد ويبقى له (الشبلي).

إيضاح المسألة الأولى: إذا كانت سن الحيوان مخالفة لتاريخ كليهما فتتهاتر بينتاهما على القول الصحيح لأنه في هذه الصورة قد ظهر كذب البينتين والتحقتا بالقدم (الزيلعي والشبلي والشرنبلالي).

إيضاح المسألة الثانية: إذا كانت سن الحيوان المدعى به غير معلومة ولم يعلم لذلك موافقة سر الحيوان للتاريخ من عدمه لا تتهاتر البينتان كما ذكر في متون الكتب الفقهية فإذا كان كلاهما خارجاً أو كانا ذوي يد فيحكم لهما مناصفة عند الإمامين فإذا كان أحدهما خارجاً والآخر ذا يد

فيحكم لذي اليد لأنه لما كانت سن الحيوان مجهولة فيحتمل أن تكون بينة الطرفين مخالفة أو موافقة فلا يكون قد تيقن كذب البينة وبما أنهما في هذا الحال أصبحا متساويين في الدعوى والحجة فإذا كان كلاهما ذا يد أو كلاهما خارجاً وجب الحكم لهما مناصفة (الشبلي والشرنبلالي)[1].

المادة (١٧٦٢) - (بينة الزيادة أولى مثلاً إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار اليمن أو المبيع ترجح بينة من ادعى الزيادة).

١ - بينة إثبات الزيادة في المشهود به أولى من خلافها سواء كان المشهود به ديناً أو عيناً أو ثمناً أو مبيعاً أو وقفاً (صرة الفتاوى في الشهادة) لأن البينات إنما شرعت للإثبات وبما أن الطرفين لا تتعارض بينتاهما في المقدار المتفق عليه فوجب الحكم بالكل (الزيلعي والنتيجة).

٢ - وبينة إثبات الأصل أولى أيضاً.

مسائل متفرعة على أولوية إثبات الزيادة:

مثال من البيع - إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن أو المبيع ترجح بينة من يدعي الزيادة وإذا لم يحكم القاضي ببينة الزيادة وحكم بمخالفها لا يصح حكمه (البهجة).

وفي هذه يوجد اختلاف على ثلاثة أنواع ولنفصلها على حدة:

النوع الأول: اختلاف في مقدار الثمن كأن يدعي البائع أن ثمن المبيع ألف درهم وأن يدعي المشتري أن ثمنه تسعمائة درهم فترجح بينة البائع.

مستثنى - أما إذا ادعى أحد قائلاً: إنني بعت مالي الفلاني في شهر رمضان لزيد بعشرة دنانير وأقام البينة وادعى زيد المذكور أنه اشترى المال المذكور منه بستة دنانير في شوال وأقام البينة فيحكم ببينة زيد (الولوالجية في الفصل السادس من الشهادات) أنظر المادة (١٧٦٠).

النوع الثاني: اختلاف في مقدار المبيع. مثلاً إذا ادعى المشتري أن المبيع هو فرسان وادعى البائع أنه فرس واحدة فترجح بينة المشتري. كذلك إذا باع زيد ملكه المتصل بملك آخر له لعمرو بثمن معلوم فادعى عمرو بأن البائع باعه الحائط أيضاً وادعى زيد قائلاً: إنني لم ابع واقام كلاهما البينة فترجح بينة عمرو (علي أفندي).

النوع الثالث: اختلاف في الثمن وفي مقدار المبيع معاً كأن يدعي البائع قائلاً: قد بعت هذه الفرس بألف درهم وأن يدعي المشتري انه اشترى هذه الفرس مع مهرها بستمائة درهم فترجح بينة البائع في حق الثمن وبينة المشتري في حق المبيع ويحكم بأن الفرس والمهر بيعا بألف درهم لأن بينة كلا المتبايعين تثبت زيادة عن دعوى الآخر (الشبلي).

---

(١) وعند أبي حنيفة يقضي لاسبقهما وقتاً (الشرنبلالي) وفي هذا الحال فقول المجلة في فقرة أو لم يكن معلوماً الخ غير موافق للمسألة المذكورة في الكتب الفقهية فكيف تؤول هذه الفقرة؟

من الاجارة: مثلاً إذا ادعى المؤجر بأن الأجرة الف درهم وادعى المستأجر بأنها ستمائة درهم واختلفا على هذا الوجه فترجح بينة المؤجر. كذلك إذا ادعى المستأجر أن مدة الاجارة سنتان وادعى المؤجر أنها سنة واحدة واختلفا في ذلك فترجح بينة المستأجر.

كذلك إذا اختلف في الاجرة وفي المدة معاً فترجح بينة المؤجر في زيادة الاجرة وبينة المستأجر في زيادة المدة (الزيلعي).

مثلاً: إذا ادعى المؤجر قائلاً: قد آجرتك حانوتي هذا سنوياً بعشرين ديناراً وادعى المستأجر قائلاً: قد آجرتني إياه سنتين بخمسة عشر ديناراً وأقام كلاهما البينة على دعواه فيحكم في أن ايجار الحانوت المذكور عشرون ديناراً لسنتين.

من الرهن: إذا ادعى المرتهن بأن الرهن المقبوض مالان وادعى الدائن أنه مال واحد واختلفا في ذلك فترجح بينة المرتهن. كذلك إذا هلك الرهن في يد المرتهن واختلف الراهن والمرتهن في قيمة الرهن فترجح بينة الراهن (الخصاف في الرهن).

من القرض: إذا دفع أحد لآخر عشرة دنانير ثم حصل اختلاف بينهما وادعى احدهما أنه دفع قرضاً وادعى الآخر أنه دفع مضاربة واثبت كلاهما دعواه فترجح بينة القرض. لأن القرض أكثر لأنه موجب للضمان أما المضاربة فهي نافية للضمان (صرة الفتاوى في الشهادات).

من الارث: إذا اختلف أخوان لأب فادعى أحدهما أن الدار التي في يدهما هي لأمه وبوفاتها أصبحت موروثة له ولابيه وادعى الأخ الآخر أن تلك الدار هي لابيهما وانها موروثة لهما وأقام البينة على ذلك فترجح بينة الأول لانها تثبت الزيادة (البهجة).

أمثلة على أولوية اصل الاثبات:

من البيع: إذا ادعى البائع قائلاً: قد بعت حصاني هذا مقابل فرسك وادعى المشتري قائلاً: قد اشتريت حصانك بالف درهم واختلفا في ذلك فترجح بينة البائع لأن بينة البائع تنفي حقه في الفرس أما بينة المشتري فتثبت حقه في الفرس وان حق المشتري في ذلك ثابت باتفاق الطرفين ولا يثبت ببينة المشتري أي شيء للمشتري فلذلك فالاختلاف الذي بين الطرفين هو في حق الفرس وفي البائع فبينته مثبتة فهي راجحة على بينة الآخر (الزيلعي والشبلي).

كذلك إذا ادعى البائع بأن المبيع قد تلف بعد التسليم وطلب الثمن وادعى المشتري بأن المبيع قد تلف قبل التسليم وانه لا يلزمه الثمن واختلفا في ذلك فترجح بينة البائع (التنقيح).

من الامارة: إذا ادعى المعير بأن المستعار قد تلف في يد المستعير بالتعدي وادعى المستعير أنه اعاده للمعير ورده إليه وأقام كلاهما البينة فترجح بينة المعير (البهجة).

المادة (١٧٦٣) - (ترجح بينة التمليك على بينة العارية والإيداع

والغصب، مثلاً إذا ادعى احد المال الذي هو في يد الآخر قائلاً: اني كنت اعطيته إياه عارية واراد استرداده وقال المدعى عليه كنت بعتني إياه أو وهبتنيه ترجح بينة البيع أو الهبة).

لأن في التمليك تمليكاً للعين وللمنفعة معاً أما العارية فهي تمليك منفعة فقط فأصبحت بينة التمليك مثبتة للزيادة.

مثال على رجحان بينة التمليك على العارية:

مثلاً إذا ادعى احد المال الذي هو في يد الآخر قائلاً: اني اعطيته إياه عارية واراد استرداده وقال المدعى عليه كنت بعتني إياه أو وهبتنيه وسلمته لي ترجح بينة البيع أو الهبة والتسليم، أما إذا ادعى ذو اليد أن فلاناً اودعني إياه وادعى الخارج قائلاً انني اخذته منك وأثبت ذلك ترجح بينه ذي اليد. أنظر المادة (١٦٣٧) وشرحها.

مثال على رجحان بينة التمليك على الإيداع:

إذا ادعى احد حجر الياقوت الذي في يد آخر قائلاً: قد اودعتك إياه وادعى الآخر قائلاً: انك بعتني إياه بثمن معلوم وأقام كلاهما البينة على ذلك فترجح بينة البيع (النتيجة).

مثال على رجحان بينة التمليك على بينة الغصب:

إذا قبض زيد فرس عمرو وهلكت في يده وادعى عمرو على زيد قائلاً: قد غصبت الفرس مني وادعى زيد قائلاً قد أهديتني الفرس وسلمتها لي وأقام كلاهما البينة فترجح بينة زيد (علي افندي).

المادة (١٧٦٤) - (ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة وبينة الاجارة على بينة الرهن. مثلاً إذا إدعى أحد على آخر بقوله كنت بعتك المال الفلاني اعطني ثمنه وقال المدعى عليه أنت كنت وهبتني ذلك وسلمتني إياه فترجح بينة البيع).

ترجح بينة البيع (أولاً) على بينة الهبة (ثانياً) على بينة الصدقة (ثالثاً) على بينة الرهن (رابعاً) على بينة الاجارة. وترجح بينة الاجارة على بينة الرهن لان البيع هو معاوضة في الحال من الجانبين فهو اقوى من الهبة والصدقة اللتين لم تكونا معاوضة كما أنه أقوى في المآل وعند الهلاك من الرهن الذي هو معاوضة كما أنه اقوى من الاجارة حيث أن البيع هو تمليك للعين والمنفعة أما الاجارة فهي تمليك للمنفعة فقط (الولوالجية في الفصل الأول من الدعوى وعلي افندي) يوجد احتمالان في دعوى العقود الواردة في هذه المادة:

الاحتمال الأول: أن تقام الدعوى من طرف أحد الطرفين المتنازعين على الآخر ويتفرع عن ذلك مسائل:

من البيع والرهن ـ مثلاً إذا سلم انسان مدين لآخر بالف درهم داره لدائنه ثم احترقت الدار في يد المسلم إليه فادعى المدين بأنني بعتك الدار بخمسمائة درهم وسلمتك إياها وادعى الدائن قائلاً:

انك رهنتني وسلمتني الدار مقابل خمسمائة درهم فترجح بينة المدين.

من البيع والهبة ـ مثلاً إذا ادعى احد على آخر بقوله: كنت بعتك المال الفلاني فاعطني ثمنه وقال المدعي عليه أنت كنت وهبتني ذلك اورهنته أو آجرته وسلمتني إياه ترجح بينة البيع من الهبة والغصب ـ اذا تلفت فرس احد في يد آخر وادعى صاحب الفرس قائلاً: قد غصبت الفرس مني وادعى الآخر قائلاً قد وهبتني تلك الفرس وسلمتني إياها فترجح بينة الآخر «علي افندي».

الاحتمال الثاني: أن تقام الدعوى من جانب المتنازعين بالمال الذي في يد الآخر.

ويتفرع عن ذلك مسائل:

من الشراء والهبة ـ إذا ادعى اثنان العين التي في يد شخص ثالث ملكية تلك العين ببيان سببين مختلفين كأن يدعي مثلاً عمرو الفرس التي في يد زيد قائلاً: قد اشتريت هذه الفرس من بكر وأن يدعي بشر قائلاً: أن هذه الفرس ملكي قد وهبني إياها بكر وسلمني إياها أو تصدق علي بها وسلمني إياها ففي هذا الحال «١» إما الا يبين أحدهما تاريخاً «٢» أو يذكر كلاهما تاريخاً واحداً ففي هاتين الصورتين يحكم لمن ادعى الشراء وهذا معدود من فروع هذه المادة «الولوالجية في الفصل الأول من الدعوى» «٣» أن يذكر احدهما تاريخاً مقدماً وأن يذكر الآخر تاريخاً مؤخراً وفي هذا التقدير يحكم لمن تاريخه اسبق وهذه المسألة من فروع المادة «١٧٦٠» «٤» أن يذكر احدهما تاريخاً والا يذكره الآخر ويحكم لمن ذكر التاريخ «عبد الحليم وميزان المدعيين والخصاف وتكملة رد المحتار».

قد صور المملك في الاحتمال الثاني شخصاً واحداً لأنه إذا كان المملك مختلفاً ففي هذه الصورة لا يكون الشراء أولى. أما إذا لم تكن العين في يد شخص ثالث.

أولاً ـ فإما أن تكون العين في يد كلا المتنازعين. كأن يدعي اثنان المال الذي في يدهما بأن يدعي أحدهما أنه اشتراه من زيد وأن يدعي الآخر أنه اتهبه وقبضه من زيد وفي هذا الحال.

١ ـ إما ألا يذكر أحدهما تاريخاً.

٢ ـ أو يذكر كلاهما تاريخاً واحداً.

٣ ـ أو يذكر احدهما تاريخاً ولا يذكره الآخر ففي هذه الصورة يحكم لهما مناصفة.

٤ ـ أن يذكر أحدهما تاريخاً مقدماً والآخر مؤخراً ففي هذه الحال يحكم لمن تاريخه مقدم أنظر المادة « ١٧٦٠ ».

ثانياً ـ وأما أن تكون العين في يد احدهما كأن يدعي اثنان ملكية عين تحت يد احدهما ببيان سببين مختلفين مع ادعاء تلقى الملك من شخص واحد كأن يدعي احدهما مثلاً الشراء من زيد وأن يدعي الآخر الهبة والتسلم من زيد ففي هذا الحال:

١ ـ ألا يذكر أحدهما تاريخاً.

٢ ـ أو ذكر أحدهما تاريخاً ولم يذكر الآخر.

٣ ـ أو ذكر كلاهما تاريخاً واحداً ففي هذه الصور الثلاث يحكم لذي اليد انظر المادة (١٧٥٨).

٤ ـ أن يذكر احدهما تاريخاً مقدماً والآخر تاريخاً مؤخراً فيحكم لمن تاريخه اسبق أنظر المادة (١٧٦٠) (تكملة رد المحتار).

المادة (١٧٦٥) ـ (ترجح بينة الاطلاق في العارية. مثلاً إذاهلك الحصان المستعار في يد المستعير وادعى المعير قائلاً اني كنت اعرتك إياه على ان تستعمله اربعة أيام وأنت لم تسلمه لي عند مرور الأربعة أيام وهلك عندك في اليوم الخامس فاضمن قيمته فادعى المستعير بقوله: كنت اعرتني إياه بأن استعمله على الاطلاق ولم تقيد بأربعة أيام ترجح بينة المستعير وتسمع).

لان البينة شرعت لاثبات خلاف الظاهر والتقييد في العارية أصل والاطلاق خلاف الاصل أنظر المادة «٧٧». أما إذا لم يكن لدى الطرفين بينة فالقول للمعير لأن القول في الاصل الاعارة للمعير فكان له القول ايضاً في صفتها «الأنقروي».

المادة (١٧٦٦) ـ (ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت. مثلاً إذا وهب أحد مالاً لاحد ورثته ثم مات وادعى وارث آخر أنه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له أنه وهبه له في حال صحته ترجح بينة الموهوب له).

أما إذا عجز الطرفان عن اقامة البينة فالقول لمن ادعى مرض الموت. أنظر المادة «١١».

ويتفرع عن ذلك مسائل من الأبواب المتفرقة.

من الهبة: إذا وهب احد مالاً لاحد ورثته ثم مات وادعى وارث آخر أنه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته ترجح بينة الموهوب له. أما إذا قال الشهود انه وهبه إلاّ

انا لا نعلم هل كان في حال صحته أو في حال مرضه فيحمل على حال المرض لان التصرف في حال المرض ادنى من التصرف في حال الصحة فاذا لم يثبت التصرف الاعلى فيحمل على التصرف الادنى المتيقن (رد المحتار).

من الإبراء ـ إذا ادعى الزوج بعد وفاة الزوجة بأن زوجته قد أبرأته من صداقها في حال الصحة وادعى الورثة الآخرون أنها أبرأته في مرض الموت فترجح بينة الصحة (البهجة).

من البيع ـ إذا باع أحد دارهِ بثمن معلوم لولده وسلمه إياها ثم توفي فادعى الورثة الآخرون أن المتوفي باعها في مرض موته وادعى ولده بأنه باعه في حال صحته وأقام كلاهما البينة على دعواه فترجح بينة الولد (علي أفندي).

من الوقفِ ـ إذا وقف أحد عقاره وسلمه للمتولي بعد التسجيل ثم توفي وكان ثلث ماله غير مساعد فادعى الورثة بأن الوقف حصل في مرض الموت وادعى المتولي بأن الـوقف والتسليم والتسجيل حصل في حال صحته وأقام كلاهما البينة فترجح بينة المتولي (علي أفندي).

من الإقرار ـ إذا أقر أحد بمال لأحد ورثته ثم توفي فادعى الورثة الآخرون بأنه أقر في حال مرضه وان إقراره غير معتبر بموجب المادة ١٥٩٨ وادعى المقر له أن إقراره معتبر لوقوعه حال صحته فترجح بينة المقر له أما إذا لم تكن لدى الطرفين بينة فالقول للورثة.

من الطلاق ـ إذا طلقت الزوجة طلاقاً بائناً وتوفي الزوج أثناء عدتها فادعت الزوجة أن الزوج طلقها في مرض موته بلا رضاء منها وأنها لذلك وارثة له وادعى الورثة أنه طلقها في حال صحته وأنها لذلك غير وارثة فترجح بينة الورثة (رد المحتار).

إذا عجز كلاهما عن إقامة البينة فالقول للزوجة انظر المـادة (١١) (البزازيـة في ٨ من الشهادات والبهجة).

المادة (١٧٦٧) ـ (ترجح بينة العقل على بينة الجنون أو العته)

ترجح بينة العقل، وبتعبير آخر ترجح بينة كون المتصرف عاقلاً على القول المفتى به على بينة الجنون أو العته (رد المحتار والتكملة وعلي أفندي).

مثلاً إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: قد اشتريت منك دارك بكذا درهماً في حال عقلك وادعى الآخر قائلاً: كنت مجنوناً حين البيع وأقام كلاهما البينة فترجح بينة العقل (علي أفندي).

كذلك إذا باع أحدهما عرصته لآخر فأقام أخوه الدعوى على المشتري بكونه وصياً على أخيه المعتوه وبأن البائع معتوه وأقام البينة على ذلك واقام المشتري أيضاً البينة على كون البائع عاقلاً فترجح بينة العقل.

المادة (١٧٦٨) ـ (إذا اجتمعت بينة الحدوث مع بينة القدم فترجح بينة الحدوث مثلاً إذا كان في ملك أحد مسيل الآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدوث

والقدم وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه ترجح بينة صاحب الدار)

إذا اجتمعت بينة الحدوث مع بينة القدم في حال عدم ذكر تاريخ فترجح بينة الحدوث أما إذا ذكر كلاهما تاريخاً فترجح بينة التاريخ الأسبق «تكملة رد المحتار».

وقد مرت بعض التفصيلات عن ذلك في المادة «١٢٢٠»(الخيرية والتنقيح وعبد الحليم قبيل باب النسب والأنقروي في الدعوى) .

كذلك إذا كان لعمرو في جانب طاحونة زيد القديمة سد لطاحونته القديمة فهدم عمرو سد طاحونته وأنشأه مجدداً فسالت المياه ومنعت دوران طاحونة زيد فادعى زيد على عمرو قائلاً: قد بنيت السد في غير الموضع القديم وادعى عمرو أنه أنشأه في الموضع القديم وأقام كلاهما البينة فترجح بينة زيد «المجموعة الجديدة».

ملحق

في بعض المسائل المتعلقة بترجيح البينات

من النفقة:

المسألة الأولى: بينة الأيسار مرجحة على بينة الإعسار، مثلاً إذا ادعت الزوجة بأن زوجها موسر وأن عليه أن يدفع نفقة الموسرين وادعى الزوج بأنه معسر ترجح بينة الزوجة.

المسألة الثانية: ترجح بينة الزوجة في المقدار المفروض أو في زمان الفرض، مثلاً إذا ادعت الزوجة على زوجها قائلة: قد قدرت لي نفقة منذ ثلاثة أشهر عن كل شهر مائتا درهم فادفع لي الستمائة درهم وادعى الزوج أن النفقة قدرت منذ شهر فقط وأن للزوجة الحق في أخذ نفقة شهر فترجح بينة الزوجة «غانم البغدادي».

من البيع:

المسألة الثالثة: بينة الإقالة مرجحة على بينة البيع، مثلاً إذا أثبت البائع البيع وأثبت المشتري الإقالة فترجح بينة الإقالة.

المسألة الرابعة: بينة الإجازة مرجحة على بينة الرد، مثلاً إذا أقام المشتري البينة على أن المالك قد أجاز البيع الفضولي وأقام المالك البينة على رده البيع ترجح بينة الإجازة.

المسألة الخامسة: إذا ادعى الخارج قائلاً: قد اشتريت هذا المال من أبيك قبل عشر سنوات وادعى ذو اليد أن أباه قد توفي منذ عشرين سنة فترجح بينة الخارج.

المسألة السادسة: إذا ادعى الخارج قائلاً: قد اشتريت هذا المال من أبيك وادعى ذو اليد أن هذا المال ملك لأبيه إلى حين وفاته ترجح بينة الخارج.

المسألة السابعة: ترجح بينة الإشتراء ببيع صحيح على بينة الإشتراء ببيع فاسد، مثلاً إذا ادعى أحد شراء المال الذي في يد شخص ثالث شراء صحيحاً وادعى آخر اشتراء المال المذكور شراء فاسداً وأثبت كلاهما دعواه ترجح بينة الشراء الصحيح.

المسألة الثامنة: إذا ادعى الخارج الملك المطلق وأثبته وادعى ذو اليد قائلاً: إنك اشتريت المال المذكور مني ثم أقلنا البيع وأثبت ترجح بينة الخارج.

المسألة التاسعة: إذا ادعى وأثبت البائع بأن المبيع تلف في يد المشتري بعد التسليم وادعى المشتري بأن المبيع قد تلف في يد البائع قبل القبض وأثبت ذلك ترجح بينة البائع «التنقيح».

المسألة العاشرة: ترجح بينة الغبن مع التغرير على بينة أن الثمن ثمن المثل (الفيضية) كما أن بينة الغبن في بيع الوصي مرجحة على بينة أن الثمن ثمن مثل، مثلاً إذا باع الوصي مال الصغير لأحد ثم عين بدلاً عنه وصي آخر فادعى الوصي الثاني أن البيع الواقع من الوصي الأول كان بغبن فاحش وادعى المشتري أنه كان بثمن المثل وأقال كلاهما البينة ترجح بينة الوصي الثاني (علي أفندي).

من الإجارة:

المسألة الحادية عشرة: إذا ادعى الراعي قائلاً: قد شرطت الرعي في الموضع الفلاني وقد تلف الحيوان وأنا أرعاه في ذلك المكان وادعى صاحب الحيوان أنه قد شرط الرعي في موضع آخر وأن الراعي قد خالف برعيه في غير ذلك المكان وطلب تضمين الراعي وأقام كلاهما البينة ترجح بينة الراعي.

المسألة الثانية عشرة: إذا أقام المؤجر البينة على كونه سلم المأجور في مدة الإجارة للمستأجر وادعى المستأجر أن المأجور كان في تلك المدة في يد المؤجر فترجح بينة المؤجر.

المسألة الثالثة عشرة: ترجح بينة المؤجر في قدر الأجرة وبينة المستأجر في قدر المدة.

من العارية والوديعة:

المسألة الرابعة عشرة: إذا ادعى المستعير أنه سلم الحيوان المستعار سالماً للمعير بعد أن تجاوز المحل المشروط وادعى المعير أن الحيوان قد تلف في المحل الذي وقع التجاوز فيه وأقام كلاهما البينة ترجح بينة المعير.

المسألة الخامسة عشرة: اذا ادعى الوديع أن المودع قد عزل وكيله الذي وكله بقبض الوديعة وادعى الوكيل بأنه وكيل بقبض الوديعة وأقام كلاهما البينة ترجح بينة الوديع.

المسألة السادسة عشرة: إذا ادعى الوديع رد الوديعة أو ضياعها وادعى المالك إتلافها وأقام كلاهما البينة ترجح بينة الوديع.

المسألة السابعة عشرة: ترجح بينة المرتهن في حق تعيين الرهن على بينة الراهن.

المسألة الثامنة عشرة: إذا أقام الراهن البينة على كون المرهون قد تلف في يد المرتهن وأقام المرتهن البينة على كونه تلف في يد الراهن ترجح بينة الراهن.

المسألة التاسعة عشرة: إذا ادعى المرتهن على الراهن قائلاً: قد رهنت وسلمت لي هذين المالين وادعى الراهن قائلاً: قد رهنت هذا المال فقط وسلمته وأثبت كلاهما ترجح بينة المرتهن.

المسألة العشرون: إذا ادعى الراهن بأنه قد رهن المرهون سالماً وأن قيمته عشرون ديناراً وادعى المرتهن بأنه ارتهنه معيباً وأن قيمته عشرة دنانير وأثبت كلاهما دعواه فترجح بينة الراهن (التنقيح).

المسألة الحادية والعشرون: إذا اختلف في قيمة المرهون بعد تلفه كلاً أو بعضاً ترجح بينة الراهن فإذا لم يثبت أحدهما مدعاه فالقول مع اليمين للمرتهن (البهجة).

المسألة الثانية والعشرون: ترجح بينة الرهن على بينة العارية (علي أفندي والبهجة).

من الغصب:

المسألة الثالثة والعشرون: إذا ادعى المغصوب منه الإتلاف وادعى الغاصب الرد والإعارة ترجح بينة المغصوب منه.

المسألة الرابعة والعشرون: إذا أقام الغاصب البينة على أن المغصوب قد تلف في يد المالك وادعى المالك أنه تلف في يد الغاصب فترجح بينة الغاصب عند محمد وأما عند أبي يوسف فبعكس ذلك.

من الشفعة:

المسألة الخامسة والعشرون: إذا اختلف المشتري مع الشفيع في قيمة المشفوع بعد أن هدم المشتري أبنية المشفوع فترجح بينة المشتري.

المسألة السادسة والعشرون: إذا ادعى المشتري قائلاً: قد اشتريت البناء أولاً ثم اشتريت العرصة فلذلك ليس لك شفعة في البناء وادعى الشفيع أن المشتري اشتراهما معاً وأثبتا ذلك ترجح بينة المشتري.

من المضاربة:

المسألة السابعة والعشرون: إذا أقام المضارب البينة على أنه مشروط له ثلث الربح وأقام صاحب المال البينة بأن الربح المشروط للمضارب هو أقل من الثلث بكذا فترجح بينة المضارب.

المسألة الثامنة والعشرون: إذا ادعى المضارب بأنه شرط له ربح مقطوع أو لم يشرط له ربح مطلقاً وأنه يستحق لذلك أجر المثل وادعى رب المال بأنه شرط للمضارب نصف الربح وأقام كلاهما البينة ترجح بينة المضارب (التنقيح).

المسألة التاسعة والعشرون ـ إذا دفع أحد لآخر مالاً فصرفه على المتاع وتاجر فيه ثم طرأ نقصان على رأس المال فادعى دافع المال بأنه دفع المال قرضاً وادعى القابض بأنه قبضه مضاربة وأقام كلاهما البيّنة ترجح بيّنة رب المال (الفيضية).

من المزارعة:

المسألة الثلاثون ـ ترجح بيّنة مدعي صحة المزارعة على بيّنة من يدعي فسادها بشرط مقدار معين من الخارج.

من الحجر والإكراه:

المسألة الحادية والثلاثون ـ إذا ادعى المحجور قائلاً: بعت وقت الحجر وادعى المشتري قائلاً بعت حال صلاحك وأثبت كلاهما مدعاه فترجح بيّنة المشتري (التنقيح).

المسألة الثانية والثلاثون ـ إذا اجتمعت بيّنة الصغر مع بيّنة الكبر فترجح بيّنة الكبر أي بيّنة البلوغ، مثلاً إذا ادعى أحد بعد بيع ماله لآخر قائلاً: بعته حال صغري فارجعه لي وادعى المشتري قائلاً: بعته حال كبرك فبيعك نافذ وأثبت كلاهما مدعاه ترجح بيّنة البلوغ (النتيجة والبهجة).

المسألة الثالثة والثلاثون ـ ترجح بيّنة الإكراه في البيع والهبة والإقرار والصلح والإبراء عن دعوى المال على بيّنة الطوع أما في الإجارة فترجح بيّنة الطوع على بيّنة الإكراه (الأشباه والفيضية والحموي والنتيجة).

من الهبة:

المسألة الرابعة والثلاثون ـ ترجح بيّنة الهبة بعوض مع التقابض على بيّنة الرهن والقبض، لأن الهبة بشرط العوض بعد اتصال القبض بالبدلين معاوضة ابتداء وانتهاء اعتباراً من وقت القبض أما الرهن فلا يكون بعد قبض المال معاوضة في الحال إلّا أنه يكون معاوضة عند الهلاك.

المسألة الخامسة والثلاثون ـ إذا اجتمعت بيّنة الهبة بغير عوض مع بيّنة الرهن مع القبض ترجح بيّنة الرهن لأن الرهن معاوضة بعد الهلاك وأكد من الهبة (الولوالجية في الفصل الثالث من الشهادات والدرر والملتقى في دعوى الرجلين).

المسألة السابعة والثلاثون ـ ترجح بيّنة الفساد على بيّنة الصحة مثلاً إذا ادعى المبرئ أنه أبرأ آخر مع وجود كذا شرطاً مفسداً وادعى الآخر أنه أبرأه إبراء صحيحاً فترجح بيّنة دعوى الإبراء الفاسد (النتيجة).

كذلك إذا ادعى المشتري بأن البيع وقع بكذا شرطاً مفسداً وادعى البائع بأنه باع بيعاً صحيحاً وأقام كلاهما البيّنة فترجح بيّنة المشتري.

المسألة الثامنة والثلاثون ـ ترجح بيّنة وجود مال منقول كاف في التركة وأن بيع الوصي العقار غير صحيح على بيّنة عدم وجود مال منقول في التركة كاف لأداء الدين (علي أفندي).

المسألة التاسعة والثلاثون ـ ترجح البيّنة أحياناً باعتبارها مثبتة صحة العقد، مثلاً إذا توفي أحد وادعى ولده زيد على الورثة الآخرين قائلاً: إن والدي في حال صحته وأثناء صغري قد وهبني ماله الفلاني واعلم واشهد بذلك وادعى الورثة بأن المتوفي حينما وهب ذلك المال كان الموهوب له بالغاً وقد توفي قبل أن يسلم المال للموهوب له وأن الهبة باطلة وأقام كلاهما البيّنة فترجح بيّنة زيد (البهجة).

المسألة الأربعون ـ ترجح بيّنة الهبة على بيّنة الغصب.

المسألة الحادية والأربعون ـ ترجح بيّنة التفويض بالوفاء والبيع بالوفاء وبيع المواضعة على بيّنة التفويض والبيع القطعي (علي أفندي والبهجة وفتاوى أبي السعود).

المادة (١٧٦٩) ـ (إذا ظهر الطرف الراجح العجز عن البيّنة تطلب من الطرف المرجوح فإن أثبت فيها وإلاّ يحلف).

إذا اقام الطرف الراجح البيّنة يحكم له أما في صورة إظهاره العجز عن إقامة البيّنة فتطلب البيّنة من الطرف المرجوح فإذا أثبت الطرف المرجوح فبها، أي يحكم له لأن دعواه قد تنورت بالحجة وفي صورة عدم إثباته يحلف الطرف المرجوح بطلب الطرف الراجح اليمين.

تطبيق هذا الحكم على المادة (١٧٥٩).

إذا تنازع كل من الخارج وذي اليد في ملكية مهر تطلب البيّنة من ذي اليد فإذا أظهر العجز عن الإثبات فتطلب البيّنة من الخارج على دعواه النتاج فإذا أثبت يحكم له ولا ينقض الحكم إذا أقام ذو اليد البيّنة بعد ذلك ولا تقبل أنظر المادة الآتية (البحر).

إن هذه المادة توجب في حالة عدم إثبات المرجوح أي الخارج النتاج حسب ظاهرها أن يحلف المرجوح الخارج بطلب الطرف الراجح ذي اليد على أن المهر ليس لذي اليد وأنه في حالة حلف اليمين يسلم المهر للخارج إلاّ أنه كما وضح قبيل المادة (١٧٥٧) أن القول في الدعاوي لذي اليد فلذلك لا يكون حكم هذه المادة عاماً.

تطبيق هذا الحكم على المادة (١٧٦٢).

إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن مثلاً كأن يدعي البائع أن ثمن المبيع ألف ومائتا درهم وأن يدعي المشتري أنه ألف درهم فتطلب البيّنة من البائع فإذا أثبت فلا محل لطلب البيّنة

من الطرف الآخر ويحكم بموجب بيّنة البائع وإذا لم يثبت تطلب البيّنة من المشتري على أن ثمن المبيع ألف درهم فإذا أثبت يحكم بأن الثمن ألف درهم (البحر). وإن عجز هذا أيضاً عن الإثبات يحلف بطلب البائع على أن ثمن المبيع لم يكن الفين ومائتي درهم فإذا حلف يمنع البائع من دعواه الزيادة وتكون في هذه الحالة فائدة بيّنة المشتري، الطرف المرجوح خلاصة من اليمين فإذا نكل يثبت بأن ثمن المبيع ألف ومائتا درهم وتلزم المشتري على هذا الوجه.

ويقاس الاختلاف في المبيع على ذلك.

تطبيق هذا الحكم على المادة (١٧٦٥).

تطلب البيّنة من المستعير حسب المثال الوارد في تلك المادة فإذا أثبت فيها والاّ تطلب البيّنة من المعير فإذا أثبت المعير يحكم بموجبها والاّ يحلف بطلب المستعير فإذا حلف المعير يضمن المستعير وإذا نكل أثبت دعوى المستعير (الأنقروي).

تطبيق هذا الحكم على المادة (١٧٦٦).

تطلب البيّنة من الموهوب له حسب المثال الوارد في تلك المادة فإذا أثبت الموهوب له يحكم له وإذا عجز عن إقامة البيّنة تطلب البيّنة من الورثة فإذا أثبتوا يحكم ببطلان الهبة وإذا عجزوا عن الإثبات يحلف الورثة بطلب الموهوب له على أنهم لا يعلمون أن المورث قد وهب في حال صحته فإذا حلفوا اليمين تبطل الهبة وإذا نكلوا عن الحلف يثبت وقوع الهبة في حال الصحة (رد المحتار).

تطبيق هذا الحكم على المادة (١٧٦٨).

تطلب البيّنة حسب المثال المذكور في هذه المادة من مدعي الحدوث فإذا عجز عن الإثبات تطلب البيّنة من مدعي القدم فإذا أظهر العجز أيضاً يحلف مدعي القدم بطلب مدعي الحدوث والتنقيح والأنقروي فإذا حلف يبقى المسيل وإذا نكل يرفع.

المادة (١٧٧٠) ـ (إذا اظهر الطرف الراجح العجز عن الإثبات فحكم بموجب البيّنة التي أقامها الطرف المرجوح على الوجه المبين أعلاه ثم أراد الطرف الراجح بعد ذلك إقامة البيّنة فلا يلتفت إليه بعد).

أولاً ـ إذا اظهر الطرف الراجح العجز عن إثبات مدعاه فحكم للطرف المرجوح بموجب البيّنة التي أقامها على الوجه المبين أعلاه ثم أراد الطرف الراجح إقامة البيّنة بسبب كونه راجحاً فلا يلتفت إليه بعد على قول (البحر والمجموعة الجديدة) لأنه أثناء الحكم بالبيّنة الأولى لم توجد بيّنة معارضة لها وقد ترجحت البيّنة المذكورة باتصالها بالقضاء ولا ينقض الحكم السابق بالبيّنة التي عرضت بعد ذلك (الشبلي).

مثلاً: إذا ادعى البائع التغرير والغبن الفاحش وادعى المشتري وقوع البيع بثمن المثل فتطلب

البيّنة من البائع فإذا لم يثبت البائع تطلب البيّنة من المشتري فإذا أثبت المشتري بأن البيع وقع بالثمن المثلي؛ وحكم له وأراد بعد ذلك الطرف الراجح إثبات الغبن الفاحش فلا يقبل (رد المحتار قبيل الاختلاف في الشهادة).

وكذلك إذا اختلف الخارج وذو اليد في مهر وادعى كلاهما النتاج وعجز ذو اليد عن إقامة البيّنة وأثبت الخارج مدعاه بالبيّنة وحكم له فلا تقبل بعد ذلك البيّنة من ذي اليد لإثبات النتاج (البحر).

ثانياً ـ إذا كانت البيّنتان متساويتين أي لم تكن احداهما راجحة والأخرى مرجوحة فإذا سبقت إحدى البينتين وحكم بموجبها فلا تسمع بيّنة الآخر ولا يبطل الحكم.

مثلاً، لو شهد شاهدان أن عمراً قتل زيداً يوم النحر في مكة وشهد شاهدان آخران أن عمراً المذكور قتل زيداً المذكور يوم النحر في القاهرة فترد الشهادتان! أما إذا شهد الأولان أولاً وحكم بموجب شهادتهما ثم شهدا الآخران على الوجه المذكور تبطل الشهادة الثانية (أبو السعود والطريقة الواضحة).

لا تقبل بيّنة الطرف الراجح بعد الحكم بسبب رجحانها، أما إذا بيّن الطرف الراجح المحكوم عليه أحد السببين الآتيين فله طلب رفع الحكم.

السبب الأول ـ يقبل إذا أثبت بطلان القضاء أو الحكم، مثلاً إذا قال المحكوم له أنه قد حكم لي بهذا المال والحقيقة أنه مال للمحكوم عليه وهو حرام عليّ فاشتروه لي من المحكوم عليه وأمر شخصاً بالشراء وأثبت هذا الأمر مثلاً بالإقرار بكتاب معنون ومرسوم مرسل من المحكوم له للمأمور فيبطل الحكم السابق ويعاد المال المحكوم به للمحكوم عليه (الحموي).

السبت الثاني ـ إذا ادعى المحكوم عليه تلقى الملك من المحكوم له وأقام البيّنة يبطل الحكم الأول ويحكم لذي اليد. أنظر المادة (١٨٤٠) وشرحها (علي أفندي والبحر).

مثلاً، إذا ادعى المحكوم عليه بعد الحكم شراء المال المحكوم به قبل الحكم من المحكوم له وأبرز سنداً معمولاً به يبطل الحكم الأول ويحكم للمحكوم عليه.

(الفصل الثالث)

في القول لمن يشهد وفي تحكيم الحال

القاعدة الأولى ـ القول لمن يشهد له ظاهر الحال والبيّنة لمن كان شاهداً على خلاف الظاهر (الفيضية).

القاعدة الثانية ـ يجب اليمين على كل عن له القول، إن المواد (١٧٧١ و١٧٧٢ و١٧٧٤ و١٧٧٥ و١٧٧٦ و١٧٧٧) من المسائل المتفرعة على هذه القاعدة.

مثلاً، إذا اختلف الراهن والمرتهن في قيمة الرهن بعد هلاك الرهن كلاً أو بعضاً في يد المرتهن فالقول مع اليمين للمرتهن (النتيجة).

إلاّ أنه يستثنى من هذه القاعدة بعض مسائل:

١ ـ المادة (١٧٧٣).

٢ ـ إذا ادعى الوصي الانفاق على اليتيم وكان المقدار الذي بينه نفقة مثل ذلك الصبي فيقبل قوله بلا يمين ولا يحلف ما لم تظهر خيانته.

٣ ـ إذا باع القاضي مال اليتيم واراد المشتري رد المبيع بخيار العيب وقال القاضي قد ابرأتني من خيار العيب فالقول بلا يمين للقاضي.

٤ ـ لو ادعى احد على القاضي بأنه آجره مال الوقف أو اليتيم وينكر القاضي فلا يلزمه اليمين.

٥ ـ اشتراط العوض أنظر شرح مادة (١٧٧٣).

٦ ـ إذا اشترى الاب لولده الصغير داراً واختلف مع الشفيع في مقدار الثمن فالقول بدون اليمين للأب.

٧ ـ إذا ادعى احد الشفعة على آخر وأنكر المدعى عليه الشراء وادعى أن العقار هو لولده الصغير ففي حالة عدم اثبات المدعي الشراء لا يلزم المدعى عليه اليمين.

٨ ـ إذا توفي غير المسلم وادعت زوجته بأنها مسلمة بعد الوفاة وادعى الورثة بأنها مسلمة قبل الوفاة وانها لذلك غير وارثة فالقول بلا يمين للورثة ما لم تدع الزوجة بأن الورثة عالمون بأنها كانت غير مسلمة بعد موت الزوج ففي تلك الحال يحلف الورثة بالطلب على عدم العلم.

٩ ـ إذا شرط الوكيل بالشراء خيار الشرط لموكله وأخذ المال فادعى البائع بأن الموكل قد اسقط الخيار ورضي بالبيع وأنكر الوكيل فالقول بلا يمين للوكيل لأن البائع يدعي سقوط الخيار ووجوب الثمن والوكيل ينكر ذلك كما أنه لا يلزم الوكيل اليمين لأن البائع يدعي اجازة الآمر والموكل وليس اجازة الوكيل.

١٠ ـ إذا قال امين القاضي بعت مال المدين واخذت الثمن واديته للدائن فيصدق بلا يمين ولا عهدة (الحموي).

المادة (١٧٧١) ـ (إذا اختلف الزوج والزوجة في اشياء الدار التي سكناها ينظر إلى الأشياء فان كانت من الأشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقية والسيف

أو من الاشياء التي تصلح لكل من الزوج والزوجة كالاواني والمفروشات ترجح بينة الزوجة وإذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين يعني إذا حلف الزوج بأن تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له وأما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالحلي وألبسة النساء فترجح بينة الزوج وإذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين إلّا أن يكون احدهما صانع الاشياء الصالحة للآخر أو بائعها فالقول له مع اليمين على كل حال، مثلاً القرط حلي مخصوص بالنساء ولكن إذا كان الزوج صائغاً فالقول له مع اليمين).

إذا اختلف الزوج والزوجة حال بقاء النكاح أو بعد الفرقة سواء كانا مسلمين أو كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية وسواء كانا كبيرين أو صغيرين في اشياء الدار التي سكناها معاً (البحر) ينظر إلى الاشياء ولا فرق في الحكم الآتي فيما إذا كانت الدار ملكهما المشترك أو كانت ملكاً لاحدهما أو مأجورة أو مستعارة لأن الاعتبار لليد وليس للملك (رد المحتار والبحر).

والاشياء هي كالطعام والبر واثاث البيت والذهب والفضة والحكم في الغرفة هو على هذا الوجه أيضاً فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقية والسيف والاسلحة الأخرى والعمامة والجبة والقلنسوة والسراويل والكتاب والحصان؛ أو من الاشياء التي تصلح لكل من الزوج والزوجة كالاواني والمفروشات والحيوانات الاخرى والنقود ترجح بينة الزوجة، لأن الزوجة هي خارجة معنى والزوج ذو يد على زوجته وعلى ما في يدها من المال وبحكم المادة (١٧٥٧) ترجح بينة الخارج (البحر والزيلعي).

وإذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين إذا لم يقر الزوج أنه اشترى تلك الاشياء من زوجته أو أن زوجته قد وهبته وسلمته المال المذكور يعني إذا حلف الزوج بأن تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له. لأن ظاهر الحال الذي هو اليد شاهد للزوج (الدرر والزيلعي).

أما إذا ادعى الزوج الشراء أو الهبة له فيجب اثبات دفعه وإذا عجز عن الاثبات فالقول للزوجة مع اليمين على عدم البيع أو الهبة والتسليم أنظر المادة (١٦٣٢) (البحر).

كذلك لو اختلفا على الغرفة أو على الدار التي يسكنها فترجح بينة الزوجة فاذا عجز كلاهما عن اقامة البينة فالقول مع اليمين للزوج (البحر) لأن الدار من الاشياء الصالحة لكليهما.

وعلى ذلك فاذا افترق الزوج والزوجة واخذت الزوجة بعض الاشياء الصالحة لكليهما من الدار التي يسكنانها معاً ورأى الزوج ذلك وسكت فلا يمنع ذلك ادعاء الزوج ملكية تلك الاشياء إذ لا يدل السكوت المذكور على الرضاء أنظر مادة (٦٧) - (رد المحتار ومجمع الأنهر).

وأما الاشياء الصالحة للنساء كالملاءة وغطاء الرأس وسائر الثياب الخاصة بالنساء وكاللؤلوء والالماس والخواتم المخصوصة بالنساء والشكل وما ذلك من الحلي فترجح بينة الزوج لأن ظاهر الحال يشهد بذلك وإذا عجز كلاهما عن البينة ولم تدع الزوجة شراء تلك الأشياء من زوجها أو كونه وهبها لها وسلمها فالقول مع اليمين للزوجة يعني إذا حلفت الزوجة أن تلك الاشياء لم تكن لزوجها فيحكم لها بها. أما إذا اقرت الزوجة وادعت الشراء أو الهبة والتسليم فلا يكون القول لها وعليها أن تثبت البيع أو الهبة والتسليم.

سؤال ـ ان الزوج هو الواضع اليد على الزوجة وعلى ما في يدها والقول في الدعـاوي لصاحب اليد فعليه كان الواجب أن يكون القول للزوج؟

الجواب ـ قد ظهر معارض أقوى على يد الزوج وهو الاختصاص بالاستعمال (الدرر وابن عابدين والبحر).

الا أن يكون احدهما صانع الاشياء الصالحة للآخر أو بائعها فالقول له مع اليمين على كل حال سواء كانت تلك الاشياء صالحة لاحدهما أو لكليهما، مثلاً القرط حلي مخصوص بالنساء ولكن إذا كان الزوج صائغاً فالقول له مع اليمين.

وهذه الفقرة الأخيرة تنقسم إلى مسألتين:

المسألة الأولى ـ إذا كان الزوج صانعاً أو بائعاً للأشياء المخصوصة بالنساء من الثياب والحلي فالقول في ذلك مع اليمين للزوج لأنه قد تعارض ظاهران، وبتعبير آخر أن ظاهر الحال مع الزوجة لكون الاشياء المذكورة مخصوصة بالنساء وظاهر الحال مع الزوج لكونه صانع وبائع تلك الاشياء وفي هذه الصورة لا يمكن العمل بالظاهرين وقد بقي أحد الظاهرين بلا معارض وهو أن الزوج واضع اليد على الزوجة وعلى الأموال التي في يدها والقول في الدعاوى لصاحب اليد (البحر وتعليقات ابن عابدين عليه بتفصيل).

المسألة الثانية ـ إذا كانت الزوجة صانعة للثياب أو للأموال الصالحة للرجال أو الصالحة للرجال وللنساء فعلى قول: القول مع اليمين للزوجة (الشرنبلالي وتعليقات ابن عابدين على البحر).

وقد احترزت المجلة بقولها الزوج والزوجة عن المسائل الآتية:

١ ـ اختلاف الزوجتين، إذا كان لاحد زوجتان وكانتا ساكنتين معاً واختلفتا على هذا الوجه فاذا كانت الزوجتان تسكنان في غرفة واحدة فيحكم لهما مناصفة في الاشياء الصالحة للنساء. أما إذا كانت كل منهما تسكن في غرفة على حدتها فالاشياء التي تكون في غرفة تلك الزوجة يحكم لها ولزوجها بها حسب التفصيل الوارد في المجلة ولا تشترك في ذلك الزوجات الأخـرى (البحر).

٢ ـ اختلاف الأب والابن، إذا اختلف الاب والابن في الاشياء الموجودة في الدار التي يسكنانها معاً ينظر. فاذا كان الابن من عيال الاب فجميع الاشياء للأب وإذا كان الاب في عيال الابن فجميع الاشياء للابن (البحر وعبد الحليم).

٣ ـ اختلاف الحم والصهر، إذا اسكن احد زوج بنته في داره ثم اختلفا في الاشياء الموجودة في الدار فتكون الاشياء للحم ولا يكون للصهر غير الثياب التي عليه (البحر وعبد الحليم).

٤ ـ اختلاف المؤجر والمستأجر، إذا اختلف المؤجر والمستأجر في الاشياء الموجودة في الدار المأجورة فالقول للمستأجر، لأن الدار المضافة للمستأجر بسبب سكناه (البحر).

٥ ـ اختلاف الاسكافي والعطار، إذا اختلفا في الاشياء والآلات الخاصة بالاسكافة والعطارين فاذا كانت في يدهما معاً يحكم مناصفة ولا ينظر إلى صلاح تلك الاشياء إلى احدهما لأنهما يقتنيان بعضاً من الاشياء التي لم تكن صالحة لهما لنفسهما أو للبيع فلذلك لا يكون صلاحها لاحدهما باعثاً للترجيح (البحر).

٦ ـ اختلاف الاب والبنت في الجهاز، ففي هذا الحال إذا كان العرف مستمراً على أن الاب يعطي ذلك لبنته ملكاً وليس عارية فالقول للبنت في حياتها ولورثتها بعد وفاتها وإذا كان العرف مشتركاً (كعرف مصر) فالقول للأب وبعد وفاته للورثة.

قيل في المجلة، أشياء الدار التي سكناها، لأنه إذا اختلف الزوجان في الامتعة الغير الموجودة في المحل الذي يسكنانه فاذا كان في يدهما يقسم بينهما كالاجنبي (البحر).

المادة (١٧٧٢) ـ (تقوم الورثة مقام المورث عند موت أحد الزوجين. ولكن إذا عجز كلا الطرفين عن الاثبات على ما ذكر فالقول لمن هو في الحياة منهما مع اليمين في الاشياء الصالحة لكليهما وأما إذا مات كلاهما معاً فالقول لورثة الزوج في الاشياء الصالحة لكليهما).

تقوم الورثة مقام المورث عند موت أحد الزوجين فلذلك لو اخلتفت الزوجة مثلاً مع ورثة الزوج بعد وفاة الزوج فترجح بينة ورثة الزوجة في الاشياء الصالحة للزوج أو لكليهما وكذلك إذا اختلف الزوج مع ورثة الزوجة بعد وفاة الزوجة فترجح بينة ورثة الزوجة في الاشياء الصالحة للزوج فقط أو الصالحة لكليهما (التنقيح).

ولكن إذا عجز كلا الطرفين عن الاثبات على ما ذكر فالقول عند الإمام الأعظم لورثة الزوج في الاشياء الصالحة لكليهما لأنه ليس للميت يد فبقيت بد من كان في الحياة منهما بلا معارض (الدرر والشرنبلالي).

فعليه إذا توفيت الزوجة وحصل الإختلاف على الوجه المحرر فالقول للزوج في الأشياء الصالحة لكليهما وإذا وقع الاختلاف على الوجه المشروح بعد وفاة الزوج فالقول للزوجة في الأشياء الصالحة لكليهما. وما دام حسب هذه الفقرة القول مع اليمين للزوجة في الأشياء الصالحة لكليهما فيعلم بداهة أن القول للزوجة أيضاً في الأشياء الصالحة للزوجة فقط (التنقيح والبحر) أنظر المادة ١٧٤١.

وأما إذا مات كلاهما معاً فالقول لورثة الزوج في الأشياء الصالحة لكليهما وليس معنى ذلك أن يموتا في لحظة واحدة وقد كان القول في الحياة للزوجة أيضاً أنظر المادة (١٧٧١).

المادة (١٧٧٣) ـ (إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين).

أي لا يحلف على عدم وجود الموهوب حيث أن الموهوب له يخبر عن تلف ماله وهذا الأمر لا يوجب عليه اليمين (الطحطاوي).

أما إذا ادعى الواهب قائلاً ان المال الذي وهبته لك ها هو وأراد الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له أنه ليس ذلك المال وأن المال الموهوب قد تلف فيلزم الموهوب حلف اليمين على أن المال الموهوب ليس هذا المال فإذا حلف فالقول له.

كذلك إذا قال الواهب قد شرط عوض كذا وادعى الموهوب له أنه لم يشترط ذلك العوض فالقول بلا يمين للموهوب له (الانقروي).

المادة (١٧٧٤) ـ (الأمين يصدق بيمينه في براءة ذمته كما إذا ادعى المودع الوديعة وقال الوديع أنا رددتها إليك فالقول له مع اليمين ولكن إذا أراد أن يقيم البينة ليخلص من اليمين تسمع بينته).

الأمين يصدق بيمينه في براءة ذمته أي في المال الذي في يده هذا إذا لم يكذب ظاهر الحال الأمين أما إذا كذب ظاهر الحال الأمين فلا يصدق بيمينه أي لا يقبل يمينه بل تجب البينة فلذلك لا يقبل قول الوصي والمتولي في المصاريف الزائدة المخالفة لظاهر الحال (الاشباه).

أما إذا لم يكن المال الذي في يد الأمين أمانة بل كان مضموناً كالدين أو المغصوب فلا يصدق بيمينه بل تلزم البينة.

مثلاً إذا أقرض أحد آخر عشرة دنانير وقبضها المستقرض واستهلكها ثم ادعى المقرض المبلغ المذكور على المستقرض وادعى المستقرض أداء المبلغ المذكور فلا يصدق بيمينه على الأداء بل يعمل بموجب المادة (١٦٣٢).

كذلك إذا غصب أحد مال الآخر ثم ادعى أنه رد المال المغصوب إلى المغصوب منه وأنكر

صاحب المال الرد فلا يصدق الغاصب بيمينه بل يجب عليه الإثبات.

كذلك لا يصدق المتولي بيمينه في حق الرجوع على الوقف بل تطلب البينة منه. مثلاً لو ادعى المتولي المعزول على متولي الوقف اللاحق قائلاً: قد صرفت على أمور الوقف برأي القاضي بشرط الرجوع على الوقف كذا درهماً فأد لي ذلك من غلة الوقف فلا يصدق بقوله بل تطلب منه البينة .

في حق براءة ذمته، فعليه لا يصدق بيمينه في حق ما يوجب الضمان على الغير. مثلاً إذا أمر المودع المستودع بتسليم الوديعة إلى زيد وادعى المستودع أنه سلمها لزيد وادعى زيد أنه لم يستلم الوديعة وادعى المودع بأن المستودع لم يسلمها لزيد فالقول للمستودع في حق براءة ذمته وبقول المستودع لا يثبت أخذ زيد ولا يلزم زيداً الضمان.

كذلك إذا أمر المودع المستودع قائلاً: اد دائني العشرة الدنانير المودعة عندك وادعى المستودع بأنه سلمها للمذكور وأنكر المودع التسليم فالقول للمستودع في حق براءة ذمته ولا يثبت بقول ويمين المستودع أخذ الدائن دينه فلذلك إذا أنكر الدائن الأخذ فيبقى مطلوبه كما كان (الانقروي).

وكذلك لو ادى أحد لزيد عشرة دنانير وأمره بادائها لدائنه عمرو وادعى زيد أنه سلمها لعمرو وأنكر عمرو فيقبل قول زيد في حق براءة ذمته ولا يلزمه الضمان تجاه الامر ولكن لا يكون عمرو قد أخذ مطلوبه بقول زيد (ابن عابدين على البحر في الوكالة) أنظر شرح المادة (١٤٥٤).

مسائل متفرعة عن هذه المادة:

من الوديعة، إذا ادعى المودع الوديعة وقال الوديع أنا رددتها إليك بالذات أو بواسطة اميني أو تلفت في يدي بلا تعد ولا تقصير فالقول له مع اليمين فإذا حلف الوديع اليمين خلص من الضمان أما إذا نكل الوديع عن حلف اليمين حالة ادعائه هلاك الوديعة فيكون ذلك اقراراً منه ببقاء عين الوديعة في يده وفي هذا الحال يحبس الوديع حتى يظهر الوديعة عيناً أو يثبت تلفها (الانقروي).

وصورة اليمين تكون على النفي كما ذكر ذلك في شرح المادة (١٧٤٨) أي يحلف الوديع بأنه ليس في يده المال الذي ادعاه المودع أو شيء منه ولم يكن للمدعي حق عنده ولا يحلف على كونه رد الوديعة أو على تلفها بلا تعد ولا تقصير (الولوالجية في آداب القاضي والخانية والدرر والانقروي).

أنا رددتها إليك، أما إذا ادعى الوديع أنه سلم الوديعة بأمر المودع إلى فلان فيكون قد أقر بحال موجب للضمان فعلى المودع إثبات الأمر فإذا أنكر المودع فالقول له مع اليمين على عدم الأمر لأن الوديع يدعي الأمر والمودع ينكر الأمر فالقول مع اليمين للمنكر وفي هذا الحال يجب الضمان على المستودع (الواقعات).

بالذات أو بأميني، أما إذا قال المستودع قد رددت لك المال مع فلان الذي لم يكن اميني فلا

يصدق بيمينه فإذا لم يثبت التسليم للمودع فيجب عليه الضمان لأن المستودع قد أقر بوجوب الضمان ثم ادعى البراءة بعد ذلك (الانقروي).

من الإجارة، إذا ادعى الأجير المشترك أنه رد المستأجر فيه للمستأجر أو أنه تلف في يده أو ضاع أو سرق بلا تعد ولا تقصير فيصدق بيمينه عند الإمام الأعظم. أنظر شرح المادة (٦٠٧).

كذلك إذا سلم أحد للغسال أربعة اثواب فأرسل صاحب الأثواب رسولاً لاستلامها فاحضر الرسول ثلاثة أثواب وادعى الغسال تسليم الأثواب الأربعة وادعى الرسول استلامه الثياب بلا تعداد فيقول القاضي حينئذ لصاحب الثياب اما أن تصدق الرسول أو تصدق الغسال فإذا صدق صاحب الثياب الرسول فيبرأ الرسول من الضمان ثم بعد ذلك يحلف الغسال فإذا حلف يبرأ من الضمان وعليه أن يؤدي للغسال جميع أجرته وإذا نكل يضمن ثمن الثوب. أما إذا صدق صاحب الثوب الغسال فيبرأ الغسال من الضمان وله أخذ جميع أجرته وفي هذا الحال يحلف الرسول (رد المحتار).

من الرهن، بما أن ما يزيد من الرهن عن الدين فهو أمانة محضة في يد المرتهن فإذا ادعى المرتهن أنه ردها إلى الراهن أو أنها تلفت في يده بلا تعد ولا تقصير فالقول مع اليمين للمرتهن. أما مقدار الدين من المرهون فليست أمانة محضة بل هي مضمونة على المرتهن فلذلك إذا ادعى المرتهن ردها للراهن فلا يقبل قوله بلا بينة والقول مع اليمين للراهن في حق عدم قبضها (التنقيح وتكملة رد المحتار).

من العارية، إذا ادعى المستعير بأنه رد المعار إلى المعير أو أن المعار تلف في يده بلا تعد ولا تقصير يصدق بيمينه.

من الشركة، بما أن المضارب والمستبضع امينان فإذا ادعيا أنهما ردا المال الذي في يدهما إلى صاحبه أو تلف المال في يدهما بلا تعد ولا تقصير فيصدقان بيمينهما (التكملة).

من الوقف، ان يد المتولي يد أمانة فلذلك إذا ضاع أو تلف مال الوقف الذي في يد المتولي بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم المتولي ضمان.

كذلك ادعى متولي الوقف أنه صرف غلة الوقف في مصارفه يصدق بيمينه إذا كان بالقدر المعروف ولا يحتاج إلى بينة (الخيرية في الوقف).

من الكتب المتفرقة، ان المساوم والأب في مال ابنه الصغير والرسول والقاضي وأمين لمالقاضي وأمين العسكر والمحضر والقيم والدلال والسمسار والبياع والعدل والملتقط والشريك والحاج عن الغير والمستأجر والأجير الخاص والأجير المشترك هم امناء وعليه فإذا ادعوا رد المال الذي في يدهم إلى صاحبه أو تلفه في يدهم بلا تعد ولا تقصير فيصدقون بيمينهم لأن القول مع اليمين للأمين (تكملة رد المحتار).

من الوكالة، إذا أدى زيد لعمرو مقداراً من النقود قائلاً: اعطها لبكر وبعد أن غاب بكر المذكور ادعى عمرو بأنه سلم المبلغ المذكور لبكر وادعى زيد الآمر أنه لم يدفع لبكر فالقول مع اليمين لعمرو المأمور (التنقيح).

أما إذا أراد الأمين تخلصاً من اليمين اقامة البينة لإثبات براءة ذمته فتسمع بينته وبهذا التقدير فللامين الذي يدعي براءة ذمته أن يقيم شهوداً لإثبات براءة ذمته فإذا أثبت بالبينة براءة ذمته فلا يلزمه اليمين على الوجه المبين في الفقرة الأولى وإن شاء لا يقيم البينة ويحلف اليمين (تكملة رد المحتار).

فائدة ـ؟

المادة(١٧٧٥) ـ (إذا أعطى من عليه ديون مختلفة لدائنه مقداراً من الدين فالقول له فيما إذا ادعى أنه أعطاه محسوباً بدينه الفلاني لأن الدافع أعلم بجهة الدفع).

إذا ادعى الشخص المدين بدين ثابت مختلف الجهة متحد الجنس بعد أداء مقدار منه لدائنه بأنه أداه عن أحد الديون فالقول مع اليمين للمدين لأن من القاعدة أن المملك إذا عين جهة التمليك وقت التمليك أو بعد التمليك فيكون هذا التعيين مفيداً والقول للمملك لأن التمليك مستفاد من جهة المملك فلزم أن يكون القول قوله ولأن بتعيينه جهة التمليك ينكر زوال ملكه في غير الجهة التي عينها والقول مع اليمين للمنكر أنظر المادة (٧٦).

مثلاً، إذا كان شخص مديناً لآخر بخمسين ريالاً ثمن فرس وخمسين ريالاً أخرى ثمن حصان فأدى دائنه خمسين ريالاً وادعى المدين أن الخمسين ريالاً التي دفعها هي ثمن الفرس وادعى الدائن أنها ثمن الحصان فالقول للمدين مع اليمين على أنه لم يود ذلك عن ثمن الحصان وفي هذا الحال للدائن أن يطلب ثمن الحصان رغماً عن أنه قد أقر بأن ما قبضه هو ثمن الحصان إلا أن إقراره هذا قد تكذب بحكم القاضي وأصبح كأن لم يكن. أنظر المادة (١٦٥٤).

كذلك إذا اشترى أحد مالاً بواسطة الدلال ودفع للدلال مقداراً من النقود ثم ادعى بأنه دفع ذلك من أصل ثمن المبيع وادعى الدلال أنه دفع ذلك من أصل أجرة دلالته فالقول للدافع مع اليمين على كونه لم يدفع النقود من أصل أجرة الدلالة (الانقروي).

كذلك إذا كان شخص مديناً لآخر بخمسين ريالاً من جهة الكفالة وبخمسين ريالاً أخرى من جهة القرض وادعى بعد ذلك أنه أداها من جهة الكفالة يقبل قوله.

مختلف الجهة، أما إذا كان الدين جهة واحدة فلا يعتبر التعيين مثلاً لو كان أحد مديناً لآخر بخمسين ريالاً من ثمن المبيع المعجل أو المؤجل أو من جهة القرض وبعد أن أدى دائنه خمسة

وعشرين ريالاً ادعى المدين أنه أدى ذلك عن النصف الفلاني من الدين فلا يعتبر قوله إذ ليس من فائدة من هذا التعيين، أما إذا كان في ذلك فائدة، ولو لم تكن جهتها مختلفة، فالتعيين معتبر مثلاً لو كفل أحد نصف الخمسين ريالاً المدين بها آخر وبعد أن أدى ذلك الآخر المدين للدائن خمسة وعشرين ريالاً ادعى أنه أدى النصف الذي كفله الكفيل فيقبل قوله هذا، كما أنه لو كفل زيد نصف الخمسين ريالاً وكفل عمرو النصف الآخر وبعد أن أدى المدين للدائن خمسة وعشرين ريالاً ادعى أنه أدى القسم الذي كفله زيد فتعيينه صحيح ومعتبر لأن التمليك قد صدر من المدين وفي التعيين على هذا الوجه إخراج لذلك الكفيل من الكفالة وبما أن في ذلك فائدة للمدين في قطع حق رجوع الكفيل المذكور عليه أصبح التعيين المذكور معتبراً (الأنقروي).

متحد الجنس، أما إذا كانت الديون غير متحدة الجنس بل كانت مختلفة كأن يكون أحدهما ذهباً والآخر فضة أو أحدهما شعيراً والآخر حنطة فلا يقبل قوله بأنه أدى جنساً عن الجنس الآخر لأن هذه المعاملة معاوضة والمعاوضة إنما تتم برضاء الطرفين، مثلاً لو كان أحد مديناً لآخر بعشرة دنانير وبخمسين ريالاً وبعد أن أدى المدين للدائن خمسة وأربعين ريالاً ادعى أنه أدى ذلك عن دينه العشرة الدنانير وأن الدائن قد قبل بذلك فلا يقبل قوله بدون الإثبات.

كذلك لو كان أحد مديناً لآخر بعشرة دنانير من جهة ثمن المبيع وبعد أن أدى المدين للدائن فرساً ادعى أنه أداها من أصل دينه العشرة الدنانير وأنكر الدائن أخذ الفرس مقابل الدين المذكور فينظر: فإذا قال الدائن قد أخذت الفرس أمانة وكانت الفرس في يده فالقول مع اليمين للقابض لأن المدين يدعي على الدائن المعاوضة أي بيعه فرسه مقابل دينه والدائن ينكر ذلك والقول مع اليمين للمنكر، أنظر مادة (٧٦) أما إذا قال الدائن إني أخذت الفرس مقابل عشرة دنانير ديناً آخر ففي ذلك احتمالان:

الاحتمال الأول: أن يكون المدين منكراً للدين الثاني، وفي هذا الحال فالقول مع اليمين للمدين المنكر الدين الثاني ويلزم الدائن أن يعيد الفرس للمدين.

الاحتمال الثاني: أن يكون المدين مقراً بالدين الثاني وفي هذا الحال يكون القول للمدين لأن كلا الطرفين قد اتفقا على وقوع المعاوضة بينهما إلا أنهما اختلفا في الجهة فيكون القول في جهة المعاوضة والتمليك للمملك لأن المملك منكر زوال ملكه من الجهة الأخرى والقابض مدع لذلك (الأنقروي).

من كانت ديونه المختلفة مثبتة:

أما إذا كانت ديونه المختلفة غير مثبتة فيجري حكم هذه المادة بعد تدقيق جهة الثبوت في الديون الأخرى وبعد إعطاء الحكم فيها، مثلاً إذا ادعى أحد بعد أن أدى لآخر عشرة دنانير قائلاً: إنني أديت ذلك مقابل ديني من ثمن الفرس وادعى الدائن قائلاً: انه يطلب لي منك عشرة دنانير أخرى من ثمن الحانوت وإنك أديت العشرة دنانير من ثمن الحانوت فيجب أولاً أن يثبت الدائن

دينه الآخر فإذا أثبت أو نكل المدين عن حلف اليمين فيحكم بالدين الثاني ثم بعد ذلك يكون القول للمدين بأنه لم يؤد ذلك من ثمن الحانوت يعني أنه يحكم في هذا الحال بأن المدين قد أدى العشرة دنانير من ثمن الفرس وللدائن أن يطلب دينه الآخر على حدة أما إذا لم يثبت الدائن دينه الآخر وحلف المدين اليمين بأنه لم يكن مديناً للدائن بدين آخر فتنتهي المسألة (الأنقروي).

المادة (١٧٧٦) ـ (إذا أراد المستأجر بعد انقضاء مدة إجارة الطاحون تنزيل حقه من الأجرة بسبب انقطاع الماء في مدة الإجارة ووقع اختلاف بين المؤجر والمستأجر ولم تكن هناك بينة ينظر: فإن كان الاختلاف في مقدار مدة الإنقطاع فادعى المستأجر عشرة أيام والمؤجر خمسة أيام فالقول للمستأجر مع اليمين وإن كان الاختلاف في أصل الانقطاع يعني ان أنكر المؤجر انقطاع الماء بالكلية يحكم الحال الحاضر يعني يجعل حكماً وهو أنه إذا كان الماء جارياً في وقت الدعوى والخصومة فالقول للمؤجر مع اليمين وإذا كان في ذلك الوقت منقطعاً فالقول للمستأجر مع اليمين.

إذا أراد المستأجر بعد انقضاء مدة إجارة الطاحون تنزيل قسم من الأجرة بسبب انقطاع ماء الطاحون استناداً على المادة (٥١٨) وأنكر المؤجر ذلك وحصل خلاف بين المؤجر والمستأجر على ذلك فتقبل البينة ممن يقيم البينة منهما فإذا أقام كلاهما البينة فترجح بينة المستأجر.

مثلاً لو أقام المستأجر البينة على أن ماء الطاحون قد انقطع كذا يوماً وأقام المؤجر البينة على أن ماء الطاحون كان جارياً وان المستأجر قد انتفع بالمأجور فترجح بينة المستأجر.

كذلك إذا أقام المستأجر البينة على أن ماء الحمام قد انقطع كذا يوماً ولم ينتفع بالحمام في تلك المدة وأقام المؤجر البينة بأن ماء الحمام كان جارياً وانتفع به المستأجر فترجح بينة المستأجر (التتارخانية).

وإذا وقع الإختلاف على هذا الوجه ولم يكن لدى الطرفين بينة فينظر: فإذا كان اختلافهما في مقدار مدة الانقطاع كأن يدعي المستأجر انقطاع الماء عشرة أيام وأن يدعي المؤجر أنها خمسة أيام فالقول مع اليمين للمستأجر لأنه في هذا الحال يكون المستأجر منكراً زيادة الأجرة التي يدعيها المؤجر انظر مادة (١٧٦٢) وأما إذا كان اختلافهما في أصل الانقطاع أي أن المؤجر ينكر كلياً انقطاع الماء فيحكم الحال الحاضر أي يجعل حكماً فإذا كان الماء جارياً وقت الدعوى والخصومة فالقول مع اليمين للمؤجر على عدم علمه بانقطاع الماء تلك المدة وإذا كان الماء منقطعاً في ذلك الوقت فالقول مع اليمين للمستأجر على كون مدة الانقطاع لا تنقص عن عشرة أيام (الهندية) انظر المادة الخامسة.

المادة (١٧٧٧) ـ (إذا اختلف في طريق الماء الذي يجري إلى دار أحد بأنه حادث أو قديم وادعى صاحب الدار بكون المسيل حادثاً وطلب رفعه ولم تكن لكلا الطرفين بيّنة ينظر: فإن كان في وقت الخصومة يجري الماء من المسيل أو يعلم جريانه قبيل ذلك يبقى على حاله ويكون القول لصاحب المسيل مع اليمين يعني يحلف على عدم كون المسيل حادثاً وإن كان لم يجر الماء من المسيل في وقت الخصومة ولم يعلم جريانه قبل ذلك فالقول لصاحب الدار مع اليمين).

إذا اختلف في مسيل الماء الجاري إلى دار أحد في كونه حادثاً أو قديماً وادعى صاحب الدار بأنه حادث وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل أنه قديم وطلب إبقاءه فتقبل البيّنة من أيهما فإذا أثبت كلاهما فترجح بيّنة الحدوث توفيقاً للمادة (١٧٦٨) وإذا لم يكن لديهما بيّنة فيحكم الحال بموجب المادة الخامسة وينظر: فإذا كان الماء يجري وقت الخصومة في ذلك المسيل أو كان معلوماً جريانه قبل الخصومة فيبقى المسيل على حاله والقول مع اليمين لصاحب المسيل أي أنه يحلف على عدم حدوث المسيل وأما إذا كانت المياه لا تجري في المسيل وقت الخصومة أو غير معلوم جريانها قبل ذلك فالقول مع اليمين لصاحب الدار انظر المادة الخامسة.

أما إذا ادعى المدعي بأن له حق اسالة المياه في ذلك المسيل فلا حاجة لإثبات قدمه بل له أن يثبت حقه إلّا أنه لا يثبت حق الجريان بشهادة الشهود بأن ماء المدعي كان يجري في ذلك الموضع لأن الجريان يكون أحياناً بطريق العارية إلّا أنه إذا قال المدعى عليه للمدعي (إنك تجري الماء في هذا الموضع غصباً أو ظلماً) سواء قال ذلكَ موصولاً أو مفصولاً فعليه اثبات الغصب بالبيّنة. وإذا أثبت المدعي حق المسيل فيها وان عجز فيحلف المدعى عليه اليمين بأنه ليس للمدعي حق مسيل هناك أو أن الموضع الذي يسيل منه الماء ليس للمدعي. أنظر شرح المادتين (١٢٢٠ و١٧٦٨) (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى).

المسألة الأولى ـ إذا اختلف الطرفان بعد هلاك المال في كونه قرضاً أو وديعة فالقول لمن يدعي الوديعة، مثلاً لو أدى أحد آخر خمسين ديناراً وبعد أن تلفت الدنانير في يد القابض بلا تعد ولا تقصير ادعى الدافع أنه دفع المبلغ قرضاً وادعى القابض بأنه قبضه وديعة فإذا لم يكنْ لديهما بيّنة فالقول قول القابض (النتيجة).

الفصل الرابع

في حق التحالف

بعد أن ذكر حكم يمين الواحد نبينّ هنا حكم يمين الاثنين والاثنان بعد الواحد.

المادة (١٧٧٨) ـ (إذا اختلف البائع والمشتري في المقدار أو الوصف أو الجنس للثمن أو المبيع أو كليهما يحكم لمن أقام منهما البيّنة، وإن أقام كلاهما يحكم لمن أثبت الزيادة منهما وان عجز كلاهما عن الإثبات يقال لهما: اما أن يرضى أحدكما بدعوى الآخر أو بفسخ البيع وعلى هذا إن لم يرض أحدهما بدعوى الآخر حلف القاضي كلا منهما على دعوى الآخر وبدأ بالمشتري فإذا نكل أحدهما عن اليمين ثبتت دعوى الآخر وإذا حلف كلاهما فسخ القاضي البيع).

إذا اختلف البائع والمشتري أولاً في مقدار الثمن يشترط في التحالف في الثمن أن يكون قاصراً ولو كان الثمن رأس مال سلم، ثانياً أو في المبيع ولو كان مسلماً فيه، ثالثاً أو في مقدار كليهما، رابعاً أو في وصف الثمن أما إذا كان الاختلاف في وصف المبيع كأن يدعي المشتري بأنه قد شرط في المبيع وصف مرغوب هو كذا وادعى البائع بأنه لم يشرط ذلك فالقول للبائع وليس في ذلك تحالف، خامساً أو في جنسه فيحكم لمن يقيم منهما البيّنة لأن البيّنة حجة متعدية وأولى من الدعوى المجردة (مجمع الأنهر) وإذا أقام كلاهما البيّنة يحكم لمن يثبت الزيادة أنظر المادة (١٧٦٢).

إيضاح الاختلاف في الأنواع الخمسة:

أولاً ـ اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهذا الاختلاف يحصل بادعاء البائع الأكثر ادعاء المشتري الأقل، مثلاً إذا قال البائع إنني بعت بمائتي درهم وقال المشتري اشتريت بمائة وخمسين درهماً فتطلب البيّنة أولاً من البائع حسب المادة (١٧٦٢) فإذا أثبت فبها وإلّا تطلب وبيّنة من المشتري حسب المادة (١٧٦٩) فإذا أثبت يحكم له. وإذا لم يثبت تجري المعاملة حسب الفقرة الآتية من هذه المادة.

ثانياً ـ اختلاف البائع والمشتري في مقدار المبيع، وهذا يكون باعتراف البائع بمقدار من المبيع وادعاء المشتري بزيادة عنه، مثلاً إذا قال المشتري قد اشتريت هاتين الفرسين وقال البائع: قد بعت لك فرساً واحدة فتطلب البينة من المشتري فاذا اثبت دعواه حكم بموجبها وإذا لم يثبت تطلب البينة من البائع فاذا اثبت البائع فبها وإلّا يعمل بحكم الفقرة الآتية.

ثالثاً ـ أن يختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن وفي مقدار المبيع معاً. كأن يقول البائع: قد بعت هذه البغلة بالف درهم وأن يقول المشتري قد اشتريت هذه البغلة مع هذه الفرس بثمانمائة

درهم فأيها يثبت دعواه يحكم له. وإذا اثبت كلاهما يحكم لمن يثبت الزيادة وبما أن كلا منهما يدعي الزيادة في هذه المسألة بوجه فاذا اثبت البائع الزيادة في الثمن واثبت المشتري الزيادة في المبيع يحكم بموجب بينتهما. وبتعبير آخر يحكم بالاف درهم ثمناً للبغلة والفرس.

رابعاً ـ الاختلاف في وصف الثمن.

مثلاً إذا ادعى البائع بـأنه باع بالسكة الخالصة وادعى المشتري بانه اشترى بالسكة المغشوشة يحل الاختلاف على الوجه المشروح.

خامساً ـ الاختلاف في جنس الثمن.

مثلاً إذا ادعى البائع بأنه باع بذهب وادعى المشتري بأنه اشترى بفضة فيحل الاختلاف على المنوال المشروح.

وإذا عجز كلاهما عن الاثبات يقال لهما من طرف القاضي أو المحكم: إما أن يرضى احدكما بدعوى الآخر أو نفسخ البيع وعليه فاذا اختلت البائع والمشتري في مقدار الثمن فيقال للبائع: إما أن تقبل بالثمن الذي ادعاه المشتري وإلّا فسنفسخ البيع أو يقال للمشتري (أما أن تقبل بالثمن الذي ادعاه البائع أو نفسخ البيع. وكذلك إذا كان الاختلاف في مقدار المبيع فيقال للبائع (إما أن تسلم المبيع الذي ادعاه المشتري وإلّا نفسخ البيع) أو يقال للمشتري (إما أن ترضى بالمبيع الذي يريد تسليمه لك البائع وإلّا نفسخ البيع) لان المقصود هو قطع النزاع بينهما فانذارهما على هذا الوجه هو طريق مقبول لقطع النزاع فلذلك لا يعجل القاضي بفسخ البيع قبل أن يسأل كلاً منهما على هذا الوجه (الدرر ومـجمع الأنهر وعبد الحليم).

يشترط أن يكون الاختلاف مقصوداً. أما إذا كان الاختلاف في البدل غير مقصود وكان ضمن شيء آخر كأن يحصل الاختلاف في حق ظرف المبيع أو وعائه وفي هذا الحال يكون القول لمدعي الظرف، سواء سـمي لكل رطل ثمناً أو لا (الشرنبلالي) لأن الاختلاف في ذلك هو اختلاف في المقبوض والقول في المقبوض للقابض.

فعلى ذلك إذا رضي احدهما بدعوى الآخر فيكون الرضاء قد قطع النزاع بينهما وإذا لم يرض أحدهما بدعوى الآخر فيحلف القاضي كلاً منهما على دعوى الآخر، مثلاً إذا لم يوافق المشتري على الثمن الذي ادعاه البائع أو إذا لم يوافق البائع على الثمن الاقل الذي ادعاه المشتري فيحلفان كلاهما اليمين.

ان التحالف موافق للقياس فيما إذا كان الاختلاف المذكور وقع قبل قبض أحد البدلين لأن كليهما منكر، إذ في الصورة الأولى يدعي البائع زيادة الثمن وينكرها المشتري. والصور الباقية مقيسة على ذلك وتحليف المنكر موافق للقياس أما التحالف بعد القبض فهو استحساني ومخالف للقياس وهو مبني على الحديث الشريف (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وترادا) لان المبيع يبقى للمشتري سالماً فليس للمشتري دعوى على البائع فتبقى دعوى البائع بزيادة الثمن وبما

أن المشتري فكر لتلك الزيادة فكان من المقتضى الاكتفاء بيمينه (مجمع الانهر والبحر والدرر).

ويبتدئ اليمين من المشتري بشرط أن يكون الاختلاف (أولاً) في الثمن (ثانياً) أن لا يكون البيع بيع مقايضة لأنه حسب حكم المادة (٢٦٢) من المجلة يلزم على المشتري أولاً اعطاء الثمن كما ان البادي بالانكار هو المشتري فانكاره اشد «البحر».

فاذا حلف اليمين للمشتري ابتداء على هذا الوجه وحلف يحلف البائع ثانياً.

صفة اليمن وشكلها: يجري التحليف على النفي فاذا حلف المشتري يحلف بأنه لم يشتر بمائتي درهم. وإذا حلف البائع يحلف بأنه لم يبع بمائة درهم ولا يضم الاثبات إلى النفي بأن يحلف المشتري مثلاً بأنه لم يشتر بمائتي درهم وانه اشترى بمائة درهم، وان يحلف البائع بأنه لم يبع بمائة درهم وأنه باع بمائتي درهم، لأن اليمين يجب أن تكون على النفي، والدليل على ذلك حديث القسامة (بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً) «البحر ومجمع الأنهر».

أما إذا كان الاختلاف في المبيع فيبدأ بيمين البائع أما في بيع المقايضة وفي بيع الصرف فالقاضي مخير في البدء بيمين أيهما شاء للاستواء في فائدة النكول (الدرر).

فايهما ينكل عن اليمين يثبت دعوى الآخر لان النكول عن اليمين أما أنه اقرار وفي هذا الحال فثبوت الدعوى ظاهر. وأما انه بذل والباذل لا يبقى له معارضة مع المبذول له (البحر) فلذلك إذا ثبتت دعوى الآخر على هذا الوجه فلايجب تحليف الآخر اليمين لأن الدعوى قد ثبتت والقضية قد انتهت.

وإذا حلف كلاهما اليمين بفسخ القاضي ذلك البيع بطلبهما أو بطلب احدهما لأنه لم يثبت ادعاء احد الطرفين وأصبح البيع مجهولاً فالقاضي يفسخ البيع قطعاً للنزاع، لأنه إذا لم يثبت ثمن المبيع يبقى البيع بلا بدل وهذا مفسد له فلذلك يفسخ البيع انظر مادة (٣٧٢).

ولا يفسخ القاضي البيع بعد التحالف بدون طلب كما أنه لا يفسخ البيع بالتحالف ما لم يفسخه القاضي فلذلك اذا التزم احد الطرفين البيع على الوجه الذي طلبه الطرف الآخر بعد التحالف وقبل الفسخ يبقى البيع صحيحاً ولا حاجة لتجديد العقد كما أنه لا ينفسخ البيع بعد التحالف بفسخ احدهما إلاّ أن لهما فسخة بالاتفاق (البحر).

ويجري التحالف في الإقالة أيضاً، مثلاً إذا اختلف العاقدان بعد الإقالة في مقدار الثمن قبل قبض المبيع بحكم الإقالة يجري التحالف ويعود البيع أما إذا قبض المبيع بحكم الإقالة فلا يجري تحالف (الدرر والشرنبلالي).

أما إذا اختلف في رأس مال السلم بعد الإقالة فلا يجري التحالف والقول مع اليمين للمسلم إليه لأن رب السلم يدعي الزيادة والمسلم إليه ينكر ذلك فلا يعود السلم لأن إقالة السلم هي إسقاط للدين والساقط لا يعود أنظر المادة (٥١) (الدرر).

المادة (١٧٧٩)- (إذا اختلف المستأجر قبل أن يتصرف في المأجور مع المؤجر في مقدار الأجرة مثلاً بأن إدعى المستأجر بأن الأجرة عشرة دنانير وإدعى المؤجر انها خمسة عشر ديناراً تقبل دعوى من أقام البينة منهما. وإن أقام كلاهما معاً البينة يحكم ببينة المؤجر وإن عجزا عن الإثبات يحلفا معاً ويبدأ بتحليف المستأجر أولاً ويلزم من نكل بنكوله فإن حلف كلاهما فسخ الحاكم الإجارة وإذا اختلفا في المدة أو المسافة فالحكم على هذا الوجه إلا أنه إذ أقام كلاهما البينة يحكم ببينة المستأجر ويبدأ بتحليف المؤجر في صورة التحالف).

إذا اختلف المستأجر مع المؤجر قبل التصرف في المأجور وبتعبير آخر قبل استيفاء المستأجر المنفعة أو قبل اقتداره وتمكنه من استيفائها (أولاً) في مقدار الأجرة (ثانياً) في جنسها (ثالثاً) في نوعها (رابعاً) في وصفها. كأن يدعي المستأجر مثلاً أن الأجرة عشرة دنانير وأن يدعي المؤجر أنها خمسة عشر ديناراً أو أن يدعي المؤجر أن بدل الإيجار نقود ذهبية وأن يدعي المستأجر أنها فضية. أو أن يدعي المؤجر بأن بدل الإيجار سكة خالصة وأن يدعي المستأجر أنها سكة مغشوشة فأيهما يقيم البينة تقبل منه لأن الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان أنظر المادة (٧٥) وأما إذا أقام كلاهما البينة معاً يحكم ببينة المؤجر في مقدار الأجرة لأنها ثبتت زيادة الأجرة أنظر المادة (١٧٦٢).

وإذا عجز كلاهما عن الإثبات فيحلف كلاهما لأن الإجارة هي بيع قبل قبض المنفعة فهي مثل المبيع قبل قبضه وبما أن كلا من العاقدين منكر دعوى الآخر وبما أن الإجارة من المعاوضات القابلة للفسخ كالبيع فقد الحقت بالبيع في هذا الخصوص.

سؤال - يشترط في التحالف قيام المعقود عليه وبما أن المعقود عليه هنا وهو المنفعة معدوم فكان من المقتضي عدم جريان التحالف؟

الجواب - بما أنه قد أقيم المأجور الذي هو محل المنفعة مقام المنفعة فالمنفعة قد اعتبرت قائمة تقديراً (الدرر).

وإذا كان الإختلاف في مقدار الأجرة يبدأ بتحليف المستأجر لأن المستأجر فكر في زيادة الأجرة عن الأجرة التي أقر بها. أما إذا كان الإختلاف في المنفعة فيبدأ بتحليف المؤجر فإذا نكل أحدهما تثبت بنكوله دعوى الآخر ويلزم وإذا حلف كلاهما يفسخ القاضي عقد الإجارة.

وإذا اختلفا في المدة أو المسافة، وبتعبير مختصر في المنفعة فالحكم على هذا الوجه أي إذا أقام أي منهما البينة تقبل وإذا عجز كلاهما عن الإثبات يحلفان (الدرر).

الأختلاف في المدة، يكون بادعاء المؤجر مثلاً بقوله إنني آجرت لشهر وادعاء المستأجر بقوله: إنني استأجرت لشهرين.

الإختلاف في المسافة، يكون بادعاء المؤجر بإيجاره دابته لدمشق وادعاء المستأجر باستئجاره الدابة لحمص.

إلا أنه إذا أقام كلاهما البينة يحكم ببينة المستأجر بها مثبتة للزيادة وفي صورة التحالف يبدأ بتحليف المؤجر.

أما إذا كان الاختلاف في الأجرة وفي المدة معاً كأن يدعي المؤجر مثلاً قائلاً: قد اجرت هذه الدار لشهر واحد بمائتي درهم وأن يدعي المستأجر أنه استأجر تلك الدار مدة شهرين بمائة درهم وأقام كلاهما البينة يحكم أن الدار أجرت لشهرين بمائتي درهم أنظر المادة (١٧٦٢). وإذا عجز كلاهما عن اقامة البينة يجري التحالف بينهما ويبدأ بالتحليف بمن ادعى قبلاً وإذا ادعى كلاهما في وقت واحد فللقاضي أن يبدأ بمن شاء منهما أو أنه يعين من يبدأ به بالقرعة (رد المحتار ومجمع الأنهر وعبد الحليم).

المادة (١٧٨٠)- (إذا اختلف المؤجر والمستأجر كما ذكر في المادة الآنفة بعد انقضاء مدة الإجارة فالقول للمستأجر مع اليمين وليس هناك تحالف).

إذا اختلف المؤجر والمستأجر بعد انقضاء مدة الإجارة أي بعد استيفاء كل المنفعة أو اقتدار المستأجر على كل المنفعة على الوجه المبين في المادة الآنفة فلا تحالف في الأجرة لأن التحالف شرع لفسخ العقد فبعد استيفاء المنفعة لا يتصور إمكان فسخ العقد (الدرر) لأن قيام العقد بقيام المبيع والقول مع اليمين للمستأجر لأن المستأجر ينكر هنا زيادة الأجرة أنظر المادة الثامنة، أما إذا كان الاختلاف في المدة فلا تحالف أيضاً إلا أن القول مع اليمين للمؤجر أنظر المادة (٧٦) (الطحطاوي).

المادة (١٧٨١) - (إذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة في أثناء الأجرة في أثناء مدة الإجارة يجري التحالف ويفسخ عقد الإجارة في حق المدة الباقية ويكون القول للمستأجر في حصة المدة الماضية).

إذا اختلف المؤجر والمستأجر أثناء مدة الإيجار أي بعد استيفاء المستأجر بعض المنفعة بالفعل أو بعد تمكنه من استيفاء بعضها وقبل استيفاء كل المنفعة أو قبل تمكنه من استيفاء كل المنفعة، في مقدار الأجرة يجري التحالف وتفسخ الإجارة في حق باقي المدة لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وبما أن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ابتداء فالمدة الباقية تكون في حكم المعقود عليها منفرداً ويجري التحالف، أما في المادة الآتية فقد نص على عدم جريان التحالف بعد هلاك بعض المبيع لأن كل جزء من المبيع لم يكن معقوداً عليه ابتداء بل ان جميع المبيع معقود عليه عقداً واحداً فبهلاك بعض المبيع يتعذر الفسخ في البعض وقد جعل الفسخ متعذراً في الكل احترازاً من تفرق الصفقة على البائع (الدرر وعبد الحليم والبهجة).

والقول مع اليمين في حصة المدة التي انقضت للمستأجر لأن المستأجر منكر للزيادة أنظر المادتين (٧٦و ٨).

المادة(١٧٨٢) ـ (إذا اختلف المتبايعان بعد أن تلف المبيع في يد المشتري أو حدث فيه عيب مانع للرد لا يجري التحالف ويحلف المشتري فقط).

إذا اختلف المتبايعان بعد تلف المبيع في يد المشتري كلا أو بعضاً بعد حدوث عيب مانع للرد كخيار العيب أو بعد خروج المبيع من ملك المشتري فإذا لم يكن البيع بيع مقايضة بل كان مقابل ثمن فلا تحالف ويحلف المشتري فقط لأن التحالف بعد القبض ثابت بالنص على خلاف القياس كما بين في شرح المادة (١٧٧٨) ولذلك فهو مقصور على مورده ولا يقاس عليه. أنظر المادة (١٥) وشرحها كما ان التحالف قد شرع لأجل فسخ العقد أما بعد تلف المبيع فالعقد منفسخ بنفسه فلا يمكن فسخه (البحر).

في يد المشتري، أما إذا تلف المبيع قبل التسليم في يد البائع فيفسخ البيع أنظر المادة (١٢٩٣) وشرحها، أما إذا استهلك أحد غير المشتري المبيع وهو في يد البائع فيقوم بدله مقام المبيع على وفق القياس ويجري التحالف لأن المبيع لم يقبض (عبد الحليم).

مستثنى ـ إذا أسقط البائع ثمن بعض المبيع الذي تلف قبل القبض واعتبر أن القسم التالف غير داخل في البيع وأن البيع واقع على القسم الباقي فحينئذ يجري التحالف وأيهما ينكل عن الحلف يلزم بنكوله (الطحطاوي والدرر ورد المحتار).

مانع للرد بخيار العيب؛ ما يمنع الرد بخيار العيب يمنع التحالف أيضاً فلذلك.

أولاً: تمنع الزيادة المتولدة من المبيع التحالف سواء كانت متصلة أو منفصلة.

ثانياً: تمنع الزيادة المتصلة الغير المتولدة من المبيع التحالف كالغرس والبناء.

ثالثاً: تغير الاسم مانع للتحالف كطحن الحنطة وشي اللحم وخبز الدقيق (تعليقات ابن عابدين على البحر).

أما الزيادة المنفصلة الغير المتولدة من المبيع فهي غير مانعة للتحالف بالإجماع والمشتري يحتفظ بالزيادة بعد التحالف ويرد المبيع للبائع (الشرنبلالي).

إذا لم يكن البيع مقايضة أما إذا كان البيع مقايضة فيجري التحالف ما دام أحد البدلين باقياً ويحلف كلاهما ويفسخ البيع وإذا كان البدل الذي تلف من المثليات فيدفع الطرف الذي تلف في يده مثله لصاحبه وإذا كان من القيميات فيدفع قيمته (رد المحتار والشرنبلالي).

المادة (١٧٨٣)ـ (ليس في دعوى الأجل يعني في كونه مؤجلاً أولاً وفي

شرط الخيار وفي قبض كل الثمن أو بعضه تحالف وفي هذه الصور الثلاث يحلف المنكر».

أولاً: لا تحالف في دعوى الأجل أي في كونه مؤجلاً أو غير مؤجل.
ثانياً: في مقدار الأجل، وبتعبير آخر في أصل الأجل أي في كونه شهراً مثلاً أو أكثر.
ثالثاً: في وقوع أو عدم وقوع البيع.
رابعاً: في شرط الخيار.
خامساً: في مقدار الخيار.
سادساً: في قبض كل الثمن أو بعضه.
سابعاً: في شرط الرهن، يعني هل شرط في الرهن رهن مال معين مقابل ثمن المبيع أو لم يشرط.
ثامناً: شرط الكفالة أنظر المادة(١٨٧١).
تاسعاً: الاختلاف في مكان المسلم فيه وفي هذه الصور التسع يحلف المنكر كمنكر البيع أو الأجل لأن هذا الإختلاف هو في غير المبيع والثمن وهو مشابه للاختلاف في الحط والإبراء لأنه إذا اختلف في الحط والإبراء فلا يجري تحالف بل يحلف المنكر «الدرر».

دعوى الأجل ـ قد فسرت المجلة دعوى الأجل بكونه مؤجلاً أو غير مؤجل لأنه إذا ادعى البائع أن الأجل قد مر وادعى المشتري بأنه باق واختلفا في ذلك فالقول للمشتري «رد المحتار والطحطاوي».

إيضاحات:

١ ـ دعوى الأجل، إذا اختلف في كون ثمن المبيع مؤجلاً أو غير مؤجل فالقول مع اليمين للبائع لأن الطرفين قد اتفقا على المعقود عليه وعلى المعقود به واختلفا في الأمر الزائد العارض والقول لمن ينكر العوارض (عبد الحليم).

٢ ـ مقدار الأجل، إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الأجل فادعى البائع أن ثمن المبيع مؤجل لشهرين وادعى المشتري أنه مؤجل لسنة فأيهما يثبت يقبل منه وإذا أثبت كلاهما ترجح بينة المشتري انظر مادة (١٧٦٢) وإذا لم يثبت أحدهما فالقول مع اليمين للبائع.

٣ ـ أصل البيع، إذا اختلف البائع والمشتري فقال المشتري قد بعتني هذه الفرس وقال البائع لم أبعها لك فالقول مع اليمين للبائع لأن المنكر هنا هو البائع انظر مادة (٧٦).

كذلك لو ادعى البائع على المشتري قائلاً: قد اشتريت مني هذه الفرس بكذا ديناراً فادفعها لي وقال المشتري لم أشترها منك فالقول مع اليمين للمشتري.

٤ ـ خيار الشرط، إذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع قد اشتريت على أن أكون مخيراً كذا يوماً. وقال المشتري قد بعت فلا خيار فالقول مع اليمين للمشتري.

وكذلك إذا ادعى المشتري بأنه اشترى بخيار الشرط وادعى البائع بأن البيع وقع بلا خيار شرط فالقول مع اليمين للبائع.

٥ ـ مقدار الخيار، إذا ادعى البائع أن مقدار الخيار عشرة أيام وادعى المشتري أنها خمسة أيام فالقول مع اليمين للمشتري.

وكذلك إذ ادعى المشتري أن مقدار الخيار عشرة أيام وادعى البائع أنها خمسة أيام فالقول مع اليمين للبائع.

٦ ـ قبض الثمن، إذا اختلف البائع والمشتري فقال المشتري: انني أديت ثمن المبيع كلًا أو بعضاً وادعى البائع بأنه لم يقبض فالقول مع اليمين للبائع والمقصود من القبض هنا الاستيفاء وهو شامل للأخذ والحط والإبراء ولو كلًا «عبد الحليم».

٧ ـ شرط الرهن، شرط الكفالة إذا ادعى البائع أنه قد شرط اعطاء رهن أو كفيل مقابل ثمن المبيع على الوجه المذكور في المادة «١٨٧» وادعى المشتري بأنه لم يكن مشروطاً ذلك فالقول مع اليمين للمشتري.

تاريخ الإرادة السنية ٢٦ سنة ١٢٩٣.

خلاصة الباب الرابع

قاعدة: الخارج مدع وذو اليد مدعى عليه وذو اليد في المنقول يثبت:

«١» بالمشاهدة والمعاينة. «٢» بتصادق الطرفين. «٣» بالبينة وقبل إثبات التصرف في العقار بالشهود يجب إثبات وضاعة اليد مقدماً ولا يكفي تصادق الطرفين.

مستثنى، تثبت وضاعة اليد بتصادق في دعاوي الشراء والغصب والسرقة ولا يحتاج إثباتها بالبينة.

إذا لم تثبت وضاعة اليد يوقف المدعى به لحين معلومية وضاعة اليد حسب الفقرة الأخيرة من المادة (١٧٥٥).

ويوجد في البينات ثلاثة أحوال:

الحال الأول: أن تتهاتر البينتان فتكون بلا حكم.

الحال الثاني: أن يعمل بالبينتين، إذا تنازع إثنان في المال الذي تحت يدهما أو في يد الخارج وأقام كل منهما البينة على ملكه فيحكم لهما مناصفة في الصورتين.

الحال الثالث: أن يعمل بإحدى البينتين ترجيحاً وأن ترد الأخرى.

فترجح:

١ - بينة ظاهر الحال على خلافه ٢ - بينة الخارج في دعوى الملك المطلق ٣ - في الدعوى المقدم تاريخها. ٤ - الدعوى المؤرخة على الدعوى بلا تاريخ. ٥ - بينة ذي اليد في دعوى المال المقيد كالنتاج ولا يعتبر في ذلك التاريخ. ٦ - من يثبت الزيادة. ٧ - من يثبت الأصل بقطع النظر عن الزيادة.

تفريعات

١ - ترجح بينة البيع على بينة الهبة. ٢ - بينة البيع على بينة الصدقة. ٣ - بينة البيع على بينة الإجارة. ٤ - بينة البيع على بينة الرهن. ٥ - بينة المواضعة في المبيع على بينة البيع القطعي. ٦ - بينة بيع الوفاء على بينة البيع القطعي. ٧ - بينة الإقالة على بينة البيع. ٨ - بينة الإجارة على بينة الرد. ٩ - بينة الإجارة على بينة الرهن. ١٠ - بينة الهبة على بينة الغصب. ١١ - بينة اليسار على بينة الإعسار. ١٢ - بينة المؤجر على مقدار الإجارة على بينة المستأجر. ١٣ - بينة التمليك على بينة العارية. ١٤ - بينة البلوغ على بينة الصغر. ١٥ - بينة الحدوث على بينة القدم. ١٦ - بينة التفويض بالوفاء على بينة التفويض القطعي. ١٧ - بينة الرهن على بينة الصدقة. ١٨ - بينة الرهن على بينة العارية. ١٩ - بينة الرهن على بينة الإيداع. ٢٠ - بينة الرهن على بينة الغاصب. ٢١ - بينة الصحة على بينة مرض الموت. ٢٢ - بينة الغبن مع التغرير على بينة ثمن المثل. ٢٣ - بينة الفساد على بينة الصحة. «٢» ٢٤ - بينة المستأجر على مقدار المدة على بينة المؤجر.

والبينة هي الشاهد على خلاف ظاهر الحال والقول لمن كان له ظاهر الحال ويلزم حلف اليمين لمن كـان له القول وله مستثنى انظر صحيفة ٤٨٨.

تفريعات الفصل الثالث

إذا اختلف البائع والمشتري: ١ - في مقدار الثمن. ٢ - في مقدار المبيع. ٣ - أو في مقدار الثمن والمبيع. ٤ - أو في مقدار الثمن أو اختلف المؤجر والمستأجر.

١ - في مقدار الأجرة. ٢ - في جنسها. ٣ - في نوعها. ٤ - في وصفها ولم يثبتا مدعاهما فيجري التحالف بينهما فإذا حلف كلاهما ففي الصورة الأولى يفسخ القاضي البيع وفي الصورة الثانية يفسخ الإجارة.

---

(١) ترجح بينة العقل على بينة الجنون.

(٢) يستثنى بينة صحة البيع على بينة فساده.

الكتاب السادس عشر

القضـــاء



الكتاب السادس عشر

القضـــاء

بسم الله الرحمٰن الرحيم

الحمد لله العادل في حكمه. المجيب لدعوة المضطرين من عباده. وهو الذي يقضي بالحق بين خلائقه وأمر بالحكم بما أنزل على أشرف رسله والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبدالله أفضل أنبيائه. وعلى آله وأصحابه المجاهدين في سبيله.

مشروعية القضاء: ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة إذ ورد في الكتاب الكريم ﴿ إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون﴾﴿وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ (الولوالجية).

إن كل نبي قد أمر بذلك وقد بعث الله الرسل من أجل ذلك وقد عمل الخلفاء الراشدون والعلماء العاملون بذلك وقد استقامت الأرض والسماء بالقيام بالقضاء وأن القضاء هو نيابة عن الخلفاء الراشدين وإقامة لحدود رب العالمين.

مقدمة

في حق القضاء ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب

يقتضي ذلك معرفة ستة أشياء: فضائل القضاء ومشروعيته ومحاسنه وحكمته وصفة قبول القضاء وأركان القضاء.

معناه: القضاء من القضية وأصله قضاي وحيث جاءت الياء بعد الألف قلبت الياء همزة وجمعه أقضية (رد المحتار).

للقضاء لغة معان كثيرة وهو الإتقان والاحكام والإبلاغ والأداء والإنهاء والصنع والتقدير وتفصيل ذلك مذكور في مجمع الأنهر. أما معناه الشرعى فقد ذكر في المادة ١٧٨٤.

وقد أمر النبي ﷺ بالقضاء كما أمر النبي داود عليه السلام بذلك في قوله تعالى﴿فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى﴾(الفتح).

السنة: قد نصب النبي ﷺ علياً ومعاذاً قاضيين لليمن (الفتح).

محاسن القضاء: لو لم يكن قضاء لما أمكن الإستحصال على الحقوق ولبقي حق صاحب الحق في يد وذمة المبطل فالقاضي نائب عن الشارع في أخذ حق المظلوم من الظالم وفي إيصال الحق لمستحقه وفي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

إن القضاء بالحق هو أقوى الفرائض وأفضل العبادات بعد الإيمان بالله تعالى وقد ورد في القرآن الكريم﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾أي بالعدل الذي أمر الله به﴿إن الله يحب المقسطين﴾أي يحفظهم ويعظم شأنهم، وهل أشرف للإنسان من محبته تعالى (معين الحكام).

وقد ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام حديث (إن عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة) الولوالجية.

كما أنه قد ورد في الحديث الشريف (إن القضاة يحشرون مع الأنبياء والرسل) (فتح القدير).

ولذلك قد كان القضاء والولاية في زمن الرسول عليه السلام وفي زمن خلفائه الراشدين يتحمل أعباؤهما على طريق العبادة ومع ذلك فإن في القضاء خطراً عظيماً فلم يقبله بعض المتقين الأخيار ومنهم الإمام الأعظم.

إجماع الأمة: وقد أجمعت الأمة على مشروعية القضاء (الفتح).

حكمة القضاء: هي عبارة عن رفع التهارج ورد النوائب وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (معين الحكام).

صفة قبول القضاء: وقبول القضاء على خمسة أوجه:

١ ـ واجب، إذا عين أحد للقضاء ولم يكن غيره أهلاً له فقبول القضاء واجب عليه لأنه إذا لم يقبل القضاء يؤدي ذلك إلى تضييع الحقوق كما أنه بعدم قبوله القضاء يتولى القضاء غيره ممن لم يكن أهلاً له ويترتب على ذلك ضرر كبير وفساد عظيم ودفع ذلك فرض صيانة لحقوق العباد وقبول القضاء في هذه الحالة يكون أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر وإنصافاً للمظلوم من الظالم (شرح المجمع لابن مالك).

وفي هذا الحال يكون قبول القضاء واجباً عليه كما أنه يحق للحكومة إجباره على القبول.

٢ ـ مستحب، إذا كان من يصلح للقضاء متعددين وكان أحدهم أصلح من غيره في أمور القضاء وفي القيام بالأمور المهمة القضائية فيجب قبوله.

٣ ـ أن يكون مخيراً في قبول القضاء، إذا كان أشخاص عديدون متساوون في الصلاح للقضاء وفي القيام بأموره فإذا كلف أحدهم بذلك فله أن يقبل وله أن يعتذر ويمتنع وقبول أحدهم يسقط الوجوب عن الآخر.

٤ ـ إذا كان أحد صالحاً للقضاء وكان آخر أصلح وأقوى منه فقبوله للقضاء مكروه.

٥ ـ أن يكون قبول القضاء حراماً، إذا كان أحد يعلم عجزه عن القضاء وعدم استطاعته لمراعاة العدل فيحرم عليه قبول القضاء (مجمع الأنهر) فلذلك فتقليد الجاهل الملوث أو المتلبس بالأشياء الموجبة للفسق أو القاصد الانتقام أو الراغب في أخذ الرشوة حرام (شرح الطريقة المحمدية).

وقد ورد في الحديث الشريف (بأن المبتلي بالقضاء كالمذبوح بلا سكين) ووجه الشبه في ذلك بأن السكين تفرق البدن ظاهراً وتزيل الروح باطناً أما الذبح بلا سكين كالخنق فتأثيره باطن غير ظاهر والقضاء كذلك، والقضاء وإن كان في الظاهر منصباً وجاهاً لمن يتولاه إلا أنه في الباطن هلاك (الدر المنتقى وشرح الطريقة للخادمي).

أركان القضاء: أركان القضاء ستة، الحكم، المحكوم به المحكوم له، المحكوم عليه، القاضي، الطريقة، وقد عرف الأول في المادة ١٧٨٦ والثاني في المادة ١٧٨٧ والثالث في المادة ١٧٨٩ والرابع في المادة ١٧٨٨ والخامس في المادة ١٩٨٥، وأما السادس وهو الطريق وأسباب القضاء فنأتي به على الوجه الآتي:

طريق القضاء وأسباب الحكم، إن طريق القضاء أي طريق القاضي للحكم يختلف باختلاف المحكوم به وهو أن طريق القضاء في حقوق العباد عبارة عن الدعوى والحجة، والحجة عبارة عن البينة والإقرار واليمين والنكول عن اليمين وعلم القاضي على قول، والقسامة والقرينة القاطعة انظر شرح المادة ١٧٤٠.

في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية

المادة (١٧٨٤) - (القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية)

القضاء بوزن السخاء وهو لغة بمعنى الحكم والحاكمية وجمعه أقضية ومعنى أصل القضاء القطع والفصل (١) وقد تفرعت المعاني السائرة من ذلك والحكم والقاضي يعرف في المواد الآتية:

المادة (١٧٨٥) - (القاضي هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة).

إيضاح القيود:

توفيقاً للأحكام المشروعة، أما إذا حكم القاضي بالجور أي بخلاف الحق ففي حكمه هذا أربع صور:

الصورة الأولى: أن يحكم خطأ في حق العبد فإذا حكم القاضي خطأ في حق العبد فإذا كان تدارك ورد الخطأ ممكناً ويرد المال المحكوم به للمحكوم عليه.

مثلاً إذا حكم القاضي أن هذا المال لزيد بعد استماع الشهود والتعديل والتزكية ثم ظهر بعد الحكم أن الشهود عبيد أو محدودون بحد القذف وان شهادتهم لذلك غير مقبولة فيعيد القاضي المال للمحكوم عليه، أما إذا كان الحكم غير ممكن تداركه ورده كأن ينفذ حكم القصاص فلا يقاص المقضي له ولكن يلزمه الدية من ماله إلا أنه يجب أن يثبت هذا الخطأ بالبينة أو بإقرار المحكوم له أما إقرار القاضي فلا حكم له ولا يبطل الحكم الذي حكم به.

الصورة الثانية: أن يحكم في حق العبد جوراً عن عمد فإذا حكم القاضي جوراً عن عمد أو أجرى الحكم ثم أقر القاضي بأنه حكم جوراً فيلزم الضمان من مال القاضي ويعزل ويعزر لأن القاضي يكون قد جنى وأتلف مال الغير.

---

(١) قال في المصباح واستعمل العلماء القضاء في العبادة التي تفعل خارج وقتها المحدود شرعاً والاداء إذا فعلت في الوقت المحدود قال وهو مخالف للوضع اللغوي لكنه اصطلاحي للتمييز بين الوقتين قال بعضهم: إن القضاء عبارة عن وجود جميع الموجودات في العالم العقلي مجتمعة ومجملة في سبيل الابداع والقدر عبارة عن وجودها الخارجي مفصلة واحداً بعد واحد.

الصورة الثالثة: أن يحكم القاضي خطأ في حقوق الله كأن يحكم القاضي بحد الزنا أو بحد السرقة ويجري الحكم ثم يثبت بطلان القضاء كظهور الشهود بأنهم أرقاء فالضمان يجب على بيت المال.

الصورة الرابعة ـ أن يحكم القاضي جوراً عن عمد في حقوق الله فإذا حكم القاضي جوراً عن عمد في حقوق الله وأجرى الحكم ثم أقرّ بذلك فيلزم الضمان من مال القاضي ويعزل القاضي ويعزر لأنه قد جنى وأتلف المال (رد المحتار).

لأجل فصل وحسم، ويكون هذا ببيان صاحب الحق ويمنع غير المحق وإلزامه، مثلاً إذا ثبتت دعوى المدعي يبينّ أن الحق للمدعي ويلزم المدعى عليه لكونه مبطلاً.

المنصوب من طرف السلطان، وبهذا التعبير يخرج المحكم لأنه للمحكم أن يفصل الدعوى أو المخاصمة كما هو مبينّ في الباب الرابع ولكنه لم يكن منصوباً من طرف السلطان بل هو منصوب من الطرفين المتخاصمين، وبهذا التعبير يشار إلى حكم المادة ١٨٠٠.

ويتفرع على لزوم نصب القاضي من طرف السلطان المسألتان الآتيتان.

المسألة الأولى ـ إذا حكم السلطان العادل في دعوى حسب الأحكام المشروعة فيصح حكمه وينفذ لأن نفاذ حكم القاضي هو ناشئ لكونه مأموراً بالحكم من طرف السلطان ولكونه وكيلا عنه فنفاذ حكم السلطان بطريق الأولى.

المسألة الثانية ـ إن نصب قاض من موظف غير مأذون من السلطان بنصب القضاة كالوالي والعامل غير صحيح ولا ينفذ حكم ذلك القاضي المنصوب من قبله كما أن حكم المادة ١٨٠٥ التي لا تجوز نائب القاضي غير المأذون بالاستنابة هي مبيّنة على ذلك فلذلك وبما أن في زماننا ولاة الولايات غير مأذونين بالحكم كما أنهم لم يؤذنوا بنصب القضاة فالقضاة المنصوبون من قبلهم تبطل أحكامهم «رد المحتار».

وإن الأصول المرعية الآن أن القضاة الشرعيين يعينون من طرف السلطان بعد ترشيحهم من طرف شيخ الإسلام.

المادة (١٧٨٦) ـ (الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين: القسم الأول هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت أو أعط الشيء الذي ادعى به عليك ويقال له قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق والقسم الثاني هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق أو أنت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء الترك).

والحكم بضم الحاء وسكون الكاف لغة بمعنى المنع وتسمية القاضي بالحاكم لمنعه المبطل من

الابطال، مثلاً إذا حكم على المدعى عليه بعد المرافعة الشرعية والثبوت بعشرة دنانير يكون قد منع المدعى عليه من عدم إعطاء حق المدعي فلذلك يقال قد حكم القاضي أي أنه وضع الحق في أهله أي في يد صاحبه ومنع الغير المحق من الإبطال (معين الحكام).

والحكم في اصطلاح الفقهاء هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها على الوجه المخصوص.

وقيد الوجه المخصوص هو لإخراج الصلح الذي يجري بين الخصمين لأن المقصود من الوجه المخصوص هو ألفاظ القاضي كالزمت أو حكمت أو أنفذت القضاء عليك (رد المحتار).

وإن عدم ذكر هذا القيد في المجلة الوارد في رد المحتار هو للسبب الآتي وهو أن قطع الطرفين المنازعة بينهما صلحاً يخرج بعبارة القاضي كما أنها تخرج بعبارة المحاكمة لأن الصلح هو عقد يرفع النزاع بالتراضي بين الطرفين كما هو مصرح في المادة (١٥٣١).

وهذا الحكم على قسمين ووجه الانحصار هو أن المدعي اما أن يظهر محقاً في دعواه أو مبطلاً فإذا ظهر محقاً يقضى له بقضاء الاستحقاق وإذا ظهر مبطلاً يقضى له بقضاء الترك.

القسم الأول: هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم بكلام كقوله حكمت أو قضيت أو الزمت فاعط الذي ادعى به عليك لهذا المدعي أو سلمه أو ادفع الدين الذي ادعى به عليك (الحموي).

قيل في المجلة (كقوله) لأنه لو قال القاضي إن لهذا المدعي حقاً عندك وقد ثبت عندي بإقرارك أو بالبيّنة وظهر ذلك أو صح أو قال قد علمت أن لهذا المدعي عندك كذا حقاً فهو حكم أما لو قال القاضي إنني أظن أن لهذا المدعي حقاً عندك كذا أو انني أرى أن له حقاً عندك فلا يكون حكماً لأن الحكم لا يتم بألفاظ الشك (الخانية).

ويقال لهذا القضاء قضاء إلزام وقضاء استحقاق وقضاء ملك وان قسم قضاء الإلزام والاستحقاق هو كما يستدل من ألفاظه يكون في حالة ظهور حق المدعي عند المدعى عليه وبتعبير آخر إذا حكم المدعى عليه بشيء كالدين والعين.

مثلاً، إذا ادعى المدعي بعشرة دنانير ديناً وأثبت دعواه بالبيّنة فأمر القاضي بعد الإثبات والتزكية المدعى عليه بأن يؤدي للمدعي عشرة دنانير فيكون هذا القضاء قضاء استحقاق وبه يظهر أن المدعي مستحق للعشرة الدنانير.

نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً وعدم نفاذه.

إذا كانت دعوى الاستحقاق حقة فلا شبهة بأنها نافذة ظاهراً وباطناً أما إذا كانت باطلة فهي استحقاق ظاهر لا باطن. مثلاً إذا ادعى أحد على آخر باطلاً بعشرة دنانير وأثبت دعواه بشهود زور وحكم القاضي في الدعوى لعدم اطّلاعه على كذب الشهود وأخذ المدعي من المدعى عليه ذلك

المبلغ فيحرم ذلك المبلغ على المحكوم له كالمال المغصوب ولا يجعل حكم القاضي ذلك المال حلالاً له.

كذلك إذا ادعى أحد كذباً أن ثياب غيره له وأثبت ذلك وحكم القاضي لعدم اطلاعه على كذب الشهود وأخذ المحكوم له الثياب فلا يحل له لبس تلك الثياب لأنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال آخر بلا سبب مشروع كما هو مذكور في المادة (٩٠٧).

كذلك لو ادعى أحد أن منكوحة غيره هي منكوحته وأنه تزوجها قبلاً وأثبت ذلك بشهود زور فلا يحل له الخلوة مع المرأة المذكورة كما أنه لا يحل لها أن تمكنه من نفسها وستفصل هذه المسألة في شرح المادة (١٨٢٧).

القسم الثاني ـ هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام كقوله: ليس لك حق أو أنت ممنوع عن المنازعة مع المدعى عليه ويقال لهذا قضاء الترك.

أنواع قضاء الترك، ان قضاء الترك في حالة عدم ثبوت دعوى المدعي على ثلاثة أوجه.

الوجه الأول: يكون في الدين وهو أن يدعي المدعي عشرة دنانير مثلاً فينكر المدعى عليه ويعجز المدعي عن الإثبات ويحلف المدعى عليه بالطلب اليمين أو لا يطلب المدعي تحليف المدعى عليه فيحكم القاضي على المدعي قائلاً (إنك ممنوع من معارضة المدعى عليه) فيكون هذا الحكم قضاء ترك.

الوجه الثاني: يكون في العين التي في يد شخص ثالث، مثلاً إذا ادعى اثنان ملكية الفرس التي في يد شخص آخر مستقلاً وعجز كلاهما عن الإثبات وحلف ذو اليد اليمين لكليهما فيحكم القاضي بقضاء الترك وبتعبير آخر تبقى الفرس كالأول في يد ذي اليد المدعى عليه ولا يحكم في هذه القضية بقضاء الاستحقاق أي لا يحكم للشخص الثالث بالقول (إن هذه الفرس لك) حتى أنه لو أقام المدعيان بعد ذلك البيّنة فيحكم بالفرس للمدعيين (ابن عابدين على البحر ورد المحتار) لأنه للمدعي إثبات دعواه ولو بعد حلف المدعي عليه اليمين كما هو مذكور في شرح المادة (١٨١٩).

الوجه الثالث: يكون في العين التي في يد عمرو قائلاً: إنها ملكي وعجز عن الإثبات وحلف القاضي بالطلب عمراً باليمين فيحكم بعد ذلك بقضاء الترك يعني يخاطب القاضي المدعي زيداً قائلاً له (إنك ممنوع من معارضة عمرو) وفي هذا الحال تبقى الدكان في يد عمرو كالسابق. والدليل والسبب لهذا القضاء هو وضع اليد (أبو السعود المصري في الشهادات).

والفرق بين قضاء الاستحقاق وقضاء الترك على وجهين:

الوجه الأول ـ إن المقضى عليه بقضاء الاستحقاق في حادثة لا يكون مقضياً له ابداً في تلك الحادثة، أما المقضى عليه بقضاء الترك في حادثة فيجوز أن يقضى له إذا أثبت دعواه بالبيّنة في تلك الحادثة.

مثلاً إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: إنه مالي وأنكر المدعى عليه وحلف اليمين بالطلب وحكم على المدعي بقضاء الترك فإذا أقام بعد ذلك البيّنة على دعواه يحكم له.

الوجه الثاني - إذا ادعى الشخص الثالث بأن المحكوم به هو ماله فتسمع دعواه في قضاء الترك ولا تسمع في قضاء الاستحقاق ما لم يـدع تلقى الملك من جهة المقضي له فحينئذ تسمع.

مثلاً إذا ادعى زيد المال الذي في يد عمرو قائلاً: إنه مالي وأثبت مدعاه وحكم لزيد ثم ادعى بكر على زيد أن المال المذكور ماله فلا تسمع ما لم يدع قائلاً: قد اشتريت ذلك المال من زيد بعد الحكم (الدر المنتقى قبيل الفصل في التنازع بالأيدي والحموي).

المادة (١٧٨٧) - (المحكوم به هو الشيء الذي ألزمه القاضي المحكوم عليه وهو إيفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الإلزام وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك).

المحكوم به هو الشيء الذي يلزم به القاضي أو المحكم المحكوم عليه وهو إيفاء حق المدعي في قضاء الإلزام والامتناع عن منازعة المدعي في قضاء الترك.

إلزام - هو لفظ يستعمل حسب أصول الصك الشرعي في الحكم الذي يصدر بناء على إقرار المدعى عليه إلاّ أن التعبير المذكور في هذه المادة لم يستعمل في هذا المعنى.

أنواع المحكوم به. يقسم المحكوم به إلى أربعة أقسام:
القسم الأول: يكون حق الله محضاً كحد الزنا وحد الشرب.
القسم الثاني: يكون حق العبد محضاً كالعشرة الدنانير التي يحكم بها بناء على دعوى زيد على عمرو.

القسم الثالث: هو أن يجتمع الحقان معاً ويكون حق العبد غالباً كالقصاص والتعزير.

القسم الرابع: أن يجتمع الحقان معاً ويكون حق الله غالباً كحد القذف وحد السرقة.

شرط المحكوم به، وشرط المحكوم به أن يكون معلوماً (رد المحتار) لأن المحكوم به عبارة عن المدعى به وقد مر في المادة (١٦١٩) أنه يجب أن يكون المدعى به معلوماً.

المادة (١٧٨٨) - (المحكوم عليه هو الذي حكم عليه).

المحكوم عليه هو الذي حكم عليه من طرف القاضي أو من طرف المحكم والمحكوم عليه يكون دائماً إنساناً.

أنواع المحكوم عليه، أما أن يكون المحكوم عليه متعيناً وهذا يكون إما واحداً أو أكثر من

واحد. مثلاً لو اشترك عشرة أشخاص في قتل إنسان عمداً، وبتعبير آخر لو أطلق هؤلاء العشرة بنادقهم على ذلك الشخص وأصابوه جميعاً وقتل وادعى عليهم جميعاً فلدى الثبوت يحكم بالقصاص على جميعهم.

كذلك لو أن عشرين شخصاً اغتصبوا كيلة حنطة من أحد وادعى صاحب المال على العشرين شخصاً وأثبت دعواه فله أن يستحصل الحكمَ على جميعهم.

كذلك لو ادعى أحد حق المرور في طريق خاص عائدة لعشرة أشخاص وأثبت دعواه أو عجز عن الإثبات ونكل هؤلاء عن حلف اليمين فله أن يستحصل حكماً عليهم.

وأما أن يكون غير متعين كالحكم بالحرية الأصلية لأن الحكم بالحرية الأصلية حكم على كافة الناس: مثلاً لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إنك عبدي وادعى المذكور أنه حر الأصل وأثبت حرية الأصل وحكم القاضي بحريته فبهذا الحكم يكون المدعي محكوماً عليه كما أن كافة الناس يكون محكوماً عليهم فلذلك لا تسمع بعد الحكم دعوى أحد عليه بأنه عبد.

أما الحكم بالحرية العارضة أي الإعتاق فليس حكماً على كافة الناس بل هو حكم جزئي.

والحكم بالوقف حكم على كافة الناس عند بعض الفقهاء إلّا أنه حسب القول الصحيح والمفتى به ليس بحكم على سائر الناس فعليه لو حكم بوقفية عقار في قضية ثم ظهر بعد ذلك مدع وادعى أن ذلك العقار ملكه فتقبل دعواه وتسمع بيّنته كما أنه لو ظهر متول آخر وادعى وقفية ذلك العقار لوقف آخر تسمع بيّنته (رد المحتار) أنظر شرح المادة (١٦٧٦).

المادة (١٧٨٩) ـ (المحكوم له هو الذي حكم له).

أي الذي حكم له في حقوق العباد.
يجب أن يحوز المحكوم له ثلاثة شروط:
الشرط الأول: أن يدعي المحكوم له إذ لا يحكم له بدون سبق دعوى منه.
الشرط الثاني: حضوره مجلس الحكم بالذات أو حضور وكيله أو حضور نائبه كوليه أو وصيه إذا كان محجوراً فعليه لا يجوز الحكم للغائب.
الشرط الثالث: أن تكون دعواه صحيحة (الطحطاوي بزيادة).

مثلاً إذا ادعى أحد على آخر بألف درهم من جهة القرض وأقرّ المدعى عليه بذلك وألزمه القاضي بدفع ذلك فتكون الألف درهم هي الدراهم المحكوم بها ويكون الملزم بدفعها هو المحكوم عليه ويكون المدعي هو المحكوم له.

أما في حقوق الله المحضة فالمحكوم له هو الشرع كما أن المحكوم له في الحقوق الغالب فيها حق الله ـ الشرع ولا يشترط فيها الدعوى وتسمع الشهادة بلا دعوى فيها انظر شرح المادة (١٦٩٧).

المادة (١٧٩٠) - (التحكيم هو عن عبارة اتخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاهما، لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة).

التحكيم لغة تفويض الحكم لشخص وشرعاً هو عبارة عن اتخاذ الخصمين أي المدعي والمدعى عليه واحداً أهلاً للحكم حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما.

إيضاح القيود:

الخصمين: وعبارة الخصمين هنا هي بمعنى الفريقين المتخاصمين وهي عامة وتشمل ما إذا كان كل واحد من الفريقين واحداً أو متعدداً كأن يكون المدعي اثنين والمدعى عليه اثنين (رد المحتار) (آخر) كما يجوز أن يكون الآخر محكماً واحداً يجوز أيضاً أن يكون متعدداً كما يفهم ذلك من المادة (١٨٤٨).

أهلاً للحكم، يشترط أن يكون المحكم وقت التحكيم ووقت الحكم أهلاً للقضاء، فعلى ذلك لو انتخب الخصمان صبياً وحكم في حال صباه أو بعد البلوغ بناء على التحكيم السابق فلا يصح حكمه ولا ينفذ انظر المادة (١٧٩٤) (التنوير).

ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة ومحكم من باب التفعيل بصيغة اسم المفعول أما المحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المكسورة من باب التفعيل بصيغة اسم الفاعل فقد استعمل عنها في هذه المادة تعبير الخصمين.

وركن التحكيم: إيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر ويكون الإيجاب بالألفاظ التي تدل على التحكيم كقول: قد حكمناك أو نصبناك حاكماً (التنوير).

المادة (١٧٩١) - (الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب من قبل القاضي للمدعى عليه الذي لم يمكن إحضاره للمحكمة).

الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب من قبل القاضي للمدعى عليه الذي لم يحضر للمحكمة مختاراً ولم يمكن إحضاره للمحكمة جبراً ويطلق عليه الخصم المتواري وصورة نصب الوكيل المسخر محرر في المادة (١٨٤٤).

الباب الأول

في حق القضاة ويحتوي على أربعة فصول

الفصل الأول

(في بيان أوصاف القضاة)

سيبيّن في هذا الفصل شيئان:

الأول: أوصاف القاضي:

أولاً ـ يجب أن يكون القاضي فيهما مستقيماً أميناً مكيناً متيناً انظر المادة الآتية:

ثانياً ـ يجب أن يكون واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة توفيقاً لهما ومع ذلك لو كانت هذه الأوصاف مفقودة في القاضي ونصب قاضياً مع كونه غير لائق للقضاء وحكم على الوجه الشرعي يصح حكمه.

الثاني: شروط القاضي والشروط المذكورة في المادة (١٧٩٤) فإذا كان القاضي غير حائز لتلك الشروط فحكمه باطل كما سيبين ذلك في شرح المواد الآتية:

وحيث ان أمور القضاء من أهم أمور العامة واحتياج الناس له عظيم فيجب الاعتناء بأمر القضاة ولذلك لا يجوز تعيين كل أحد قاضياً ويجب وجود بعض شروط وأوصاف في القاضي (الجوهرة بزيادة).

المادة (١٧٩٢) ـ (ينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهيماً مستقيماً وأميناً مكيناً متيناً).

حكيم ـ بمعنى الشخص المتصف بالحكمة والحكمة تأتي بمعان عديدة كالعدل والتقوى والعدل ويجوز هنا إرادة المعاني الثلاث فيجب أن يكون القاضي حكيماً أي عادلاً لأن رب العالمين قد أمر في كتابه العزيز بقوله: ﴿إن الله يأمر بالعدل، إن الله يحب المقسطين﴾ فلذلك يجب أن لا يوجه القضاء لغير العادل كما أنه يحرم على من يعلم أنه لا يمكنه مراعاة العدل في أحكامه قبول القضاء كما بيّن آنفاً.

والعدل بفتح العين وسكون الدال هو عدم الجور والإنصاف في الحكم، وبتعبير آخر

إن العدل بالنسبة للقاضي هو الحكم بالحق وبالنسبة للوالي هو الإنصاف بدون غدر.

والعادل اسم فاعل من الباب الثاني ويطلق تعبير عدل على الرجل الودود.

قاض ـ يجب أن يكون القاضي حكيماً أي متقياً وصالحاً غير فاسق لأنه لا يؤمن الفاسق على القضاء الذي هو من أهم الأمور لفسقه وعدم مبالاته في دينه كما بيّن نبذة من ذلك في أول الكتاب وكما سيفصل في شرح المادة (١٧٩٤).

يجب أن يكون القاضي حكيماً أي عاقلاً لأن العقل قوة للنفس والنفس بتلك القوة تكون مستعدة للعلوم والإدراكات (الكليات).

والعقل بتعريف آخر هو نور روحاني تدرك النفس الإنسانية به العلوم الضرورية والنظرية يبتدئ وجوده حينما يستكمل الجنين خلقته في رحم أمه ثم يتزايد وينمو تدريجاً حتى البلوغ.

فلذلك يجب أن لا يوجه القضاء إلى ناقص العقل أو للأحمق لأن الأحمق لا يقدر على إيفاء لوازم العدل لقلة عقله والحمق بضم الحاء والميم بمعنى قلة العقل.

الأحمق بوزن أحمر صفة من الباب الخامس وهو يطلق على الغافل الذي لا يعلم الخير من الشر والحسن من السيئ.

والعلامات التي تدل على الحمق هي طول اللحية والتلفت إلى الجوانب كثيراً والعجلة في الأمور بدون النظر إلى عواقبها ونتائجها وقد ورد عن عيسى عليه السلام أنه قال (إنني أبرأت الأكمه والأبرص بإذن الله أما الأحمق فلم استطع أن **أبرئه**) (أبو السعود).

وقد قال العلماء: إن دواء الحمق هو الموت وقد ذكر في بحث الكنايات من المطول بأن عرض القفا وعظم الرأس بصورة مفرطة تدل على بلاهة الرجل. (فيهما) من الفهم بوزن وهم أما الفهم بوزن الكتف فتطلق على الرجل الفطين ويجب أن يكون القاضي فهيماً أي عالماً بوجوه الفقه بل عالماً بالسنة وآثارها (الزيلعي). ولا يليق تقليد أحد القضاء ما لم يكون عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي لأن النبي عليه الصلاة والسلام حينما قلد قضاء اليمن معاذاً امتحنه سائلاً إياه: (بماذا ستحكم يا معاذ؟ فأجابه معاذ بكتاب الله، فقال له: فإذا لم تجد في كتاب الله بماذا تحكم؟ فأجابه بسنة رسوله، فقال: وإذا لم تجد في سنة رسوله؟ فأجابه اجتهد، فقال له: الحمد لله الذي وفق رسول رسوله لما يرضى به رسوله)؟ (الولوالجية) ولم يذكر معاذ إجماع الأمة الذي هو أحد الأدلة الأربعة لأن الإجماع لم يكن في عهد النبي عليه السلام حجة (فتح القدير).

ولما كان القاضي مأموراً بالحكم وفقاً للحق والعدل فيقتضي للتمكن من الحكم على هذا الوجه أن يكون عالماً بالوجوه المذكورة لأن الحوادث محدودة والنصوص معدودة فلا يجد القاضي نصاً لتطبيقها في كل حادثة فيحتاج لاستنباط المعنى من النصوص ولا يتيسر ذلك إلّا للعالم الاجتهادي (الولوالجية في الفصل الأول من آداب القاضي).

فلذلك يجب على الجاهل ألّا يقبل القضاء لأنه قد ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام (قاض في الجنة وقاضيان في النار) والمقصود من القاضيين هو القاضي الجاهل الذي يحكم عن جهل والقاضي العالم الذي يحكم عن جور، وقول المجلة في المادة الآتية ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي تطبيقاً لهما هـو لإيضاح الفهم وتفصيل بعد الإجمال.

وكما أنه يلزم أن يكون القاضي عالماً بالفقه على الوجه المار ذكره يجب أيضاً أن يكون صاحب قريحة يدرك بها عادات الناس لأن كثيراً من الأحكام مبنيّة على العرف والعادة (الزيلعي).

ولذلك قد ورد في الكتاب الذي ارسله الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري (أعرف الاشباه والأمثال وقس الأمور عند ذلك) (الولوالجية).

يجب أن يكون القاضي فهيماً أي فطيناً وأن يستجمع أثناء المحاكمة فهمه وذهنه لأن فصل الخصومة يتوقف على تفهم كلام الطرفين لأنه من المحتمل حينما يقرر المدعي دعواه أن يلفظ كلاماً يدل على إبطاله في دعواه وفي هذا الحال لو أثبتت الدعوى بشهود فلا يحكم بها.

كذلك يحتمل أن يفوه المدعى عليه بكلام يعد إقراراً وفي هذا الحال لا يحتاج لطلب البينة من المدعي فعليه إذا لم يستجمع القاضي فهمه ويبالغ في استماع كلام الطرفين ويقف على معنى أقوالهما تضيع افاداتهما ولا يحصل فائدة منها ولهذا السبب قد كتب الخليفة عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قائلاً (الفهم الفهم) وقد كرر الكلام للتأكد قائلاً (فرغ خاطرك وفهمك حتى تفهم الشيء المطلوب) - (الولوالجية).

وان قول المجلة في المادة (١٨١٢) ينبغي للقاضي ألا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكر هي مبنية على ذلك.

ويشار بقوله أن يكون فهيماً بأن القاضي إذا لم يكن فهيماً أي عالماً بل كان جاهلاً جاز حكمه لأن المقصود إيصال الحق إلى مستحقه وهذا يكون بالعمل بفتوى الغير أيضاً (مجمع الأنهر) حتى ان الجاهل المتقي أولى من القاضي العالم الفاسق وينبغي للقاضي الجاهل أن يستفتي من الغير ويحكم كما جاء في المادة (١٨١١) وليس له أن يحكم عن جهل.

وقد ورد في إحدى معروضات شيخ الإسلام أبي السعود في أوائل العهد العثماني (بما أنه يوجد تساو في العدالة ظاهراً بين قضاة زماننا فقد صدر الأمر بترجيح الأفضل في العلم والديانة والعدالة على غيره) أما الطحطاوي فيقول في معرض جوابه على أبي السعود (ان هذا التساوي كان موجوداً في ذلك العصر أما في هذا الزمن (عصر الطحطاوي) في حال عدم التساوي في العدالة فمن الذي يرجح؟ (الدر المختار ورد المحتار).

إن مذهب أكثر الأئمة الحنفية هو على هذا الوجه أما عند الإمام الشافعي رحمه الله فالعلم شرط من شروط القضاء فإذا فوض القضاء لجاهل فلا يكون قاضياً وحكم القاضي باطل (الخانية).

مستقيماً. مأخوذ من الاستقامة وهي بمعنى الاعتدال.

ينبغي أن يكون القاضي مستقيماً وبمعنى آخر أن لا يكون محتالاً معانداً يأخذ الهدايا والرشوة وأن لا يكون من الناس المختلي الشرف فإذا كان القاضي من الناس المختلي الشرف أي بأن كان محدوداً بحد القذف فلا يجوز قضاؤه أصلاً وإذا كانت فيه صفات مخلة بالإستقامة كأن يكون محتالاً أو معانداً أو مرتشياً فلا ينبغي توجيه القضاء إليه وإذا وجه إليه فينبغي عزله لأنه لا يؤمن اسناد القضاء الذي هو من أهم الأمور إلى أشخاص متصفين بتلك الصفات.

ينبغي أن يكون القاضي معتدلاً، والمعتدل اسم فاعل من الإعتدال وهو بمعنى أنه متصف بتوسط الحالة، كتوسط جسم الإنسان بين الطول والقصر، وكذلك ينبغي أن يكون القاضي شديداً من غير عنف وليناً في غير ضعف وعبوساً بلا غضب ومتواضعاً من غير وهم كما سيبين آتياً (الفتح) ولا يجوز أن يكون القاضي سيِّئ الخلق، جاف الطبع، قاسي القلب، فظاً شديداً في كلامه في صورة فاحشة جباراً متكبراً مقبلاً بالغضب معانداً.

أميناً، يطلق على الرجل الموثوق به والمعتمد عليه المأمون من نقيصة الضرر والخيانة وعبارة الأمين الواردة في صورة يوسف قد فسرت بمعنى مؤتمن على كل شيء.

ينبغي أن يكون القاضي بريئاً من نقيصة الغدر والخيانة فلذلك يجب عدم توجيه القضاء إلى الرجل المعروف بالغدر والخيانة فإذا وجه إليه القضاء وهو أمين ثم اتصف بعد ذلك بالغدر والخيانة فيجب عزله لأن فسق القاضي موجب لعزله وليس باعثاً على الانعزال (الزيلعي).

مكيناً، بوزن فعيل يطلق على صاحب المنزلة والمكانة، وعبارة مكين الواردة في سورة يوسف قد فسرت بالمعنى ذي المكانة والمنزلة ولذلك ينبغي أن يكون القاضي مكيناً أي ذا مكانة وشرف ولا يكون أرعن أو من أسافل الناس وادانيها.

متيناً، مأخوذ من المتانة، والمتانة بوزن سلامة وهي أن يكون الشيء صلباً ومحكماً. والمتين هو من اسماء الله الحسنى. وهي مأخوذة من ذلك وهي بمعنى قوي شديد، يعني ينبغي أن يكون القاضي قوياً شديداً من غير عنف وعبوساً بلا غضب لأن المقصود من القضاء هو دفع الفساد وإيصال الحقوق لأربابها واقامة حقوق الله ولذلك فهو من أهم الأمور وأقوى الواجبات فالأولى بالقضاء هو الأقدر والأوجه والأهيب والأصبر الذي يتحمل المصائب التي تأتي له من جهة الناس (الزيلعي).

أما إذا كان القاضي شديداً بعنف فهو فظ وغليظ مع أنه ينبغي أن لا يكون فظاً وغليظاً.

والفظ بفتح الفاء وتشديد الظاء المعجمة يطلق على سيِّئ الخلق، والغليظ يطلق على الرجل الجاف الطبع والقاسي القلب (شرح الشمائل لعلي القاري).

ومقابل الفظ والغليظ أن يكون ضحوك الوجه حلو الكلام ويجب على القاضي أن يعامل من يحضر أمامه بالحسنى.

ولما كان القضاء ذا أهمية عظمى فيجب على أولياء الأمر الذين لهم سلطة نصب القاضي أن يتفحصوا الأهل للقضاء وينصبوه، وقد ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام حديث شريف ورد ذكره في الزيلعي والدرر والحديث الوارد في الزيلعي هو «من قلد إنساناً عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين» وتوجد أحاديث شريفة أخرى بهذا المعنى، وقد ورد ذكرها في كتاب آداب القاضي في فتح القدير.

ينبغي أن يكون القاضي عالماً دينياً والذي ينتخب قاضياً غير حائز لهذه الشروط والأوصاف يكون قد ارتكب باطلين أولهما توجيه القضاء إلى غير مستحقه، الثاني منعه مستحقه.

المادة(١٧٩٣) ـ (ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمات ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقاً لها).

ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الشرعية والفروع الفقهية وعلى أصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقاً لها وأن يكون متورعاً ومتديناً.

فقهية ـ أي المنسوبة للفقه، والفقه عند عامة العلماء هو اسم للعلم الخاص بالدين وليس اسماً لكل علم، والفقه هنا بالمعنى الوارد في المادة الأولى من المجلة؛ وللفقه معنى آخر بمعنى العلم بكتاب الله وسنة رسوله وبمقتضياتها واشاراتها وبإجماع الأمة، والفقه بهذا المعنى مخصوص بالمجتهدين.

ولما كان هذا العصر خالياً من المجتهدين فالفقيه بهذا المعنى أي إيجاد قاض مجتهد متعذر فلذلك لا يكون مقصوداً هذا بالمعنى، حتى أنه من النادر وجود فقيه بالمعنى الوارد في المادة الأولى من المجلة، حتى قد ورد في تقرير المجلة الجملة الآتية: (قد أصبح الآن نادراً وجود ذوات ماهرين في العلوم الشرعية) وبذلك قد أظهرت الهيئة التي وضعت المجلة أسفها على ذلك منذ ثلاثين سنة أن باب الاجتهاد لم يسد ولكنه منسد لأنه منذ عصور لم يظهر شخص يجمع في نفسه العلوم اللازمة للمجتهد فانسد باب الإجتهاد بالضرورة.

وقد كان في الأوائل ينتخب للقضاء الذوات المبرزون في الاقتدار وقد كان القضاء في العصر الثالث عشر الهجري الذي ادركناه يوجه لعوام الناس وقد دام هذا الحال خمساً وعشرين أو ثلاثين سنة إلا أنه في سنة ٣٣١ قد منع توجيه القضاء لغير المأذونين من مدرسة القضاء، ولذلك ليس من اللائق تقليد القضاء للجاهل العدل والعالم الغير عدل وليس لهما أن يتقلداه (الخانية).

إن العامي المحض غير أهل للقضاء إذ ينبغي للقاضي أن يتصف بالعلم والفهم والأهلية للقضاء، وأقل علم ينبغي للقاضي أن يتصف به هو أن يكون قادراً على استماع الحوادث والمسائل الدقيقة بصورة جيدة، وأن يكون حائزاً النصاب على طرق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب ومن صدور المشايخ، وأن يكون قادراً على تطبيق الأحكام المذكورة على الدعاوى والوقائع، فلذلك لا يجوز تقليد القضاء الذي هو أشرف الوظائف إلى الأشخاص الغير واقفين على صغار أمور

المعيشة (الخادمي على الطريقة).

ينبغي، ويستفاد من تعبير ينبغي أنه لا يشترط أن يكون القاضي عالماً إذ عند الأئمة الحنفية يجوز أن يكون القاضي غير عالم وفي هذه الصورة يحكم بفتوى غيره إذ أن الجاهل التقي أولى بالقضاء من العالم الفاسق (الخانية والفتح).

أما عند الإمام الشافعي إذا وجه القضاء إلى غير عالم فلا ينفذ قضاؤه وحكمه (الخانية).

المادة (١٧٩٤) - (يلزم أن يكون القاضي مقتدراً على التمييز التام بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي).

يلزم أن يكون القاضي مقتدراً على التمييز التام وأهلاً للشهادة ليكون أهلاً للقضاء. وعلى ذلك فالذي لا يكون أهلاً للشهادة لا يكون أهلاً للقضاء كما أن الأهل للشهادة أهل للقضاء لأنه بهاتين الصفتين تثبت الولاية على الغير إذ بشهادة الشاهد يلزم القاضي على الحكم أنظر المادة (١٨١٣) وبما أنه بسبب حكم القاضي يلزم خصم المدعي فأصبح كلاهما من باب واحدهما مستفاد من الآخر (الزيلعي).

فعليه وبما أنه حسب المادة (١٧٠٢) لا تقبل شهادة العدو على عدوه فلذلك لا يصح حكم القاضي على عدوه ولا ينفذ حتى أنه لو أثبت المحكوم بعد حكم القاضي عداوة القاضي له يبطل حكم القاضي.

وتثبت العداوة بالقذف والجرح وقتل الولي وما أشبه ذلك وليست بالمخاصمة وحيث لا يجوز قضاء العدو على عدوه فإذا كان القاضي مأذوناً بالاستنابة فيستنيب أنظر المادة (١٧٠٩).

أما عند بعض العلماء فإذا كان القاضي عادلاً فينفذ حكمه على عدوه «رد المحتار».

بناء عليه لا يجوز قضاء وحكم الصغر والعبد والمعتوه والأعمى والأخرس والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي، وقد ذكر في المادة (١٧٨٤) بأن القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية فعبارة القضاء الواردة في هذه المادة تحمل على المعنيين أي أنه لا يجوز أن يكون هؤلاء قضاة كما أنه لا يجوز حكمهم، وبما أنه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والأعمى فإذا قلد أحدهم القضاء فهو غير جائز كما أن حكمهم غير جائز أيضاً فإذا كان القاضي حين تقليده القضاء بصيراً وطرأ عليه العمى وحكم وهو أعمى يبطل حكمه.

فلذلك إذا حكم قاض مدة ثم ظهر أنه أعمى أو عبد تبطل الأحكام التي حكمها لأنه كما لا تقبل شهادة هؤلاء لا يقبل قضاؤهم أنظر المادة «١٦٨٦».

أما إذا نصب أحد القضاة وهو بصير ثم طرأ عليه العمى فلا ينعزل عن القضاء فلذلك إذا

أبصر بعد ذلك وحكم يكون حكمه نافذاً أي أنه بطروء العمى أو الصمم على القاضي لا ينعزل القاضي بل يستحق العزل ولذلك فحكمه بعد زوال العمى صحيح.

أما العدالة وعدم الفسق فليست من شروط القضاء، وقد قال أكثر عظماء علماء الحنفية بجواز قضاء الفاسق ولذلك فحكم القاضي الفاسق إذا لم يتجاوز الحد الشرعي يكون نافذاً، أما بعض أكابر العلماء كالخصاف والكرخي والطحطاوي فقد قالوا بعدم جواز أهلية القاضي الفاسق المرتشي لأنه لا يؤمن القاضي الفاسق بفسقه فعلى هذا القول إذا نصب قاض فاسق أو مرتش وحكم في قضية فحكمه غير جائز «الخانية».

وقد قال الإمامان رحمهما الله تعالى: أنه إذا ولي القضاء فاسق لا تصح توليته، كما أنه إذا صار فاسقاً أو مرتشياً بعد توليته فينعزل عن القضاء «الخانية ورد المحتار والولوالجية».

إن بعض أفاضل العلماء كابن كمال وابن ملك والعيني قالوا: إن الفتوى لاسيما في هذا الزمان، على قول الإمامين إلا أن صاحب رد المحتار قال بأنه إذا افتى بذلك واعتمد هذا القول، لاسيما في هذا الزمن، وجب انسداد باب القضاء فهو يقصد أن إيجاد قاض غير فاسق مشكل وأن القاضي الكامل المستقيم نادر.

إلا أن أكثر علماء الحنفية كما ذكر آنفاً قالوا: إن عدم الفسق ليس من شروط القضاء فعلى ذلك إذا كان القاضي حين توليته عادلاً ثم فسق يستوجب العزل إلا أنه لا ينعزل بمجرد الفسق حتى أنه لو حكم بعد الفسق وأصاب في حكمه جاز سواء أكان ذلك القاضي مرتزقاً من بيت المال أو لا.

ووالي الولاية هو كالقاضي فإذا فسق استوجب العزل ولا ينعزل ما لم يعزل من السلطان لأن لإنسان لا يخلو من ارتكاب المحرمات وغير منزه عنها (الولوالجية والخانية).

أما إذا شرط حين تولية القاضي أنه يصبح منعزلاً عن القضاء إذا جار فيعزل في حالة الجور «الشبلي» انظر شرح المادة (٨٣).

ويفهم من التفصيلات الآنفة أن عدالة القاضي حسب القول المختار شرط أولوية وليس شرط صحة ومع هذا فاللائق عدم تولية القضاء لفاسق «الزيلعي».

الفصل الثاني
في بيان آداب القاضي

الآداب جمع أدب والأدب في الأصل بسكون الدال مأخوذ من الأدب وهو بمعنى دعوة الناس للطعام (الفتح).

وبما أن الخصال الجميلة تدعو الإنسان لعمل الخير فقد قيل عنها آداب والآداب عبارة عن

التخلق بالأخلاق الجميلة والخصال المستحسنة في معاشرة ومعاملة الناس (رد المحتار والجوهرة).

وآداب القاضي هو التزام الأمور التي ندبها الشرع كبسط العدل ودفع الظلم وترك الميل والمحافظة على الحدود الشرعية والجري على سنن السنة (الهندية).

المادة (١٧٩٥) - (يجتنب القاضي في مجلس الحكم الأفعال والأوضاع التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة)

يجتنب القاضي في مجلس الحكم الأفعال والأوضاع التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء لنفسه وملاطفة أحد الخصمين أو غيرهما مما يزيل مهابة المجلس لأن عمر رضي الله عنه حينما نصب شريحاً شرط عليه ألا يشتغل بالبيع والشراء وألا يأخذ الرشوة.

في مجلس الحكم: ليس قيداً احترازياً لأن اللائق بالقاضي الذي يأخذ مرتباً من بيت المال أن يحترز من البيع والشراء حتى في غير مجلس الحكم وأن يوكل وكيلاً لتسوية مصالحه وأن لا يعلم أن هذا الوكيل وكيل القاضي لأنه يحتمل أن الناس يتساهلون معه في البيع والشراء لكونه قاضياً فيبيعونه بأنقص من القيمة ويشترون ما يبيعه بأزيد من القيمة ومع ذلك فمباشرة القاضي في غير مجلس القضاء لعقود المعاوضة كالبيع والشراء ليس بمكروه (الفتح ومجمع الأنهر والولوالجية).

البيع والشراء لنفسه؛ لأن للقاضي أن يشتري لليتيم وأن يبيع مال الميت المدين فلذلك قيد بهذا القيد (مجمع الأنهر).

وليس تقييد الملاطفة بمجلس الحكم قيداً احترازياً لأن الملاطفة تزيل مهابة القاضي فلذلك ينبغي ألا يلاطف القاضي أحداً في أي محل «الدرر المنتقى».

ويجب على القاضي أن يجتنب المزاح والهزار وأن يتمسك بالوقار وأن لا يكالم أحداً من الطرفين أثناء التقاضي بغير أمور القضية لأن الملاطفة والمكالمة على ذلك الوجه تزيل مهابة القضاء (الزيلعي).

ومع أن الملاطفة مشروعة فقد منع القاضي منها. ومشروعية الملاطفة ثابتة بالسنة الشريفة وفي ذلك أحاديث عديدة. والملاطفة هي الإنبساط مع الغير بدون إيذاء أحد وهي غير الاستهزاء والسخرية وقد نهي عن الإفراط والمداومة على الملاطفة لأنها تورث الضحك وقسوة القلب وتسقط المهابة والوقار وتؤدي إلى الإيذاء في أكثر الأوقات.

أما المزاح السالم من الأمور الغير المشروعة فهو مباح فقد أجراه النبي ﷺ على الندرة في تطييب النفوس والمؤانسة وهو سنة مستحبة فاعلم هذا فإنه مما يعظم الاحتياج إليه «شرح الشمائل لعلي القاري».

صورة جلوس القاضي أثناء الحكم ووجود أهل العلم في مجلسه: ينبغي على القاضي تعظيماً

لأمر القضاء أن يحكم وهو مستو في الجلوس ولا بأس أن يحكم وهو متكئ إذ بالإتكاء يستريح القاضي فيحسن رأيه ولا ينبغي أن يحكم وهو ماش لأنه إذا كان مشغولاً بالمشي لا يجتمع له رأي.

ينبغي على القاضي ألا يجلس وحده لأن عثمان رضي الله عنه كان لا يحكم ما لم يكن في مجلسه أربعة من الصحابة كما أن أبا بكر رضي الله عنه كان يحضر عمر وعثمان وعلياً في مجلس قضائه فلذلك على القاضي أن يوجد أشخاصاً عديدين من الفقهاء في مجلسه وأن يتشاور معهم كما أن جلوس القاضي وحده يجعله عرضة لتهمة الرشوة والغدر «فتح القدير» ومع ذلك فإذا كان القاضي عالماً فلا بأس من جلوسه وحده أما إذا كان جاهلاً بأمور القضاء فيجب عليه إحضار أهل العلم مجلسه لأن القاضي الذي لا يكون عالماً لا يؤمن خوفاً من ضياع الحق فوجود أهل العلم في مجلسه يكون منه فائدة إذ ينبهونه إلى الحق ويرشدونه إلى الطريق وعلى القاضي أن يجلس أهل العلم بقربه «الزيلعي».

كتاب القاضي: يجب أن يكون كاتب القاضي أميناً صالحاً وواقفاً على أصول ضبط القضايا وتنظيم الإعلامات حتى لا يفسد الإعلام الذي يحرره لإخلاله ببعض الشروط والقاضي يجلس كاتبه في موضع مناسب لمنعه من أخذ الهدايا أو إجراء عمل آخر.

ويضبط هذا الكاتب ادعاء الطرفين ومدافعتهما وشهادة الشهود.

خدمة القاضي والمحضرون: يجب على القاضي أن يوجد لديه أثناء المرافعة خدمة ليمنعوا الناس من الكلام الغير اللازم ومن إجراء أعمال مخلة بآداب مجلس القضاء لأن التكلم بأمور غير لازمة في حضور القاضي يكسر حرمة القاضي وصيانة ماء وجهه واجبة «الولوالجية» ويجب أن يقف هؤلاء الخدمة في محل بعيد عن القاضي لأن وجود هؤلاء هو للمهابة ووقوفهم بعيداً مما يزيد المهابة «الزيلعي».

ثياب القاضي: كما أنه يجب على القاضي أن يبادر إلى المحاكمة وهو في أعدل الأحوال يجب عليه أيضاً أن يلبس أحسن الثياب فلبس القاضي ثياباً غير نظيفة أو ممزقة مما يخل بمهابته «الخانية».

الشهود السامعون: بما أنه يجب عند الإيجاب إثبات حكم القاضي فيجب على القاضي أن يوجد في مجلسه شهوداً من أهل العدل ومن السامعين «الزيلعي».

وإن سبب ذكر المجلة في المادة «١٨١٥» لزوم إجراء المحاكمة علناً هو لهذا السبب.

بواب المحكمة: يوقف القاضي على باب المحكمة بواباً وهذا البواب يمنع مهاجمة أصحاب المصالح إلى غرفة القاضي ويدخلهم بترتيبهم وليس للبواب أن يأخذ شيئاً من أصحاب المصالح لإدخالهم إلى غرفة القاضي.

المادة (١٧٩٦) - (القاضي لا يقبل هدية أحد من الخصمين)

القاضي لا يقبل هدية أحد من الخصمين وكذا رشوتهما لأن قبول الهدية والرشوة يؤدي إلى

مراعاة المهدي ويؤدي إلى الإخلال بالعدالة والحال أن القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين كما ذكر في المادة «١٧٥٩» «مجمع الأنهر بزيادة».

قاعدة: قبول الهدية التي سببها الولاية حرام لأن الرسول عليه الصلاة والسلام لما علم بأخذ أحد موظفي بيت المال هدية خطب على المنبر قائلاً: «لو قعد في بيت أمه وأبيه هل كان يهدى له» «البخاري».

كما أن الخليفة عمر رضي الله عنه لما رأى أحد مأموري بيت المال عائداً بهدايا كثيرة سأله قائلاً: من أين أخذت هذه فأجابه إنها هدايا فحينئذ تلا عليه قول الرسول وضبط الهدايا المذكورة لبيت المال وقد قال الخليفة عمر بن عبد العزيز إن الهدايا كانت هدايا في عهد الرسول أما في زماننا فقد أصبحت رشوة «رد المحتار وفتح القدير».

ولذلك لا يجوز قبول الهدية من غير الأصدقاء والمعارف لأن الهدية المذكورة لم تكن إلا رشوة مستورة «جلاء القلوب للبركوي».

إن كل هدية يأخذها موظف في وظائف الحكومة هي بمثابة الهدية التي يأخذها القاضي (الفتح).

أقسام الهدية: الهدية تنقسم إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: الهدية تكون حلالاً للجانبين وهي الهدايا التي تهدى إلى غير القاضي والموظف كهدايا الأحباء بعضهم إلى بعض وليس للقاضي والموظف في أحد وظائف الحكومة أن يأخذ هدية من أحد الناس من هذا النوع أي ان أخذ الهدية التي تعاطيها حلال ومشروع بين الناس هو حرام ورشوة للقاضي والموظف والهدية التي هي موضوع البحث في هذه المادة هي هذا النوع من الهدايا.

القسم الثاني: الهدايا المحرمة على الجانبين كالهدية للإعانة على الباطل فيأثم المعطي والآخذ ويكونان مرتكبين الحرام ويجب رد الهدية إلى معطيها وهذا النوع من الهدايا محرم على القاضي وعلى الناس الآخرين.

القسم الرابع: الهدية التي تعطى من الدافع لخوفه من المدفوع إليه على نفسه أو ماله ويحل للدافع إعطاء هذه الهدية ويحرم أخذها لأن دفع الضرر عن الغير واجب ولا يجوز أخذ المال لإجراء الواجب «رد المحتار ومثله في الفتح».

إيضاح القيود:

من الخصمين: إن تعبير من الخصيمن لم يكن احترازياً لأنه ليس للقاضي أن يقبل هدية من غير الخصمين ويحرم على القاضي قبول الهدية سواء كانت الهدية كثيرة أم قليلة وحتى لو كانت حقيرة وسواء كانت قبل الحكم أو بعد الحكم.

هدية: وتعبير هدية ليست للاحتراز من الاستعارة والاستقراض واشتراء المال بطريق المحاباة

والرشوة إذ ليس للقاضي أن يستعير أو يستقرض أو يشتري مالاً من أحد بأقل من قيمته الحقيقية وأن يقبل رشوة من المحق أو المبطل من الطرفين.

المعاملة التي تجري في حق الهدية التي يأخذها القاضي، يجب على القاضي رد الهدية التي أخذها لصاحبها لأنه حسب حكم المادتين (٨٩٠ و٨٩١) من المجلة إذا كان المال المغصوب موجوداً يجب رده إلى صاحبه عيناً وإذا كان مستهلكاً يجب رده بدلاً، أما إذا كان صاحب الهدية غير معلوم أو كان معلوماً وكان رد الهدية إليه متعذراً لوجوده في محل بعيد فيعتبر القاضي تلك الهدية لقطة ويضعها في بيت المال لأن إعطاء الهدية للقاضي هو لكونه قاضياً ونائباً فالهدية من حيث المعنى هي للعامة فيجب وضعها في بيت المال المعد لمنافع العامة ويكون هذا المال في بيت المال لقطة يرد إلى صاحبه عند ظهوره (الفتح والعناية).

أما إذا وجد القاضي أن رد الهدية التي أعطيت له من بعض أحبائه توجب تأذيهم فله أن يقبلها بعد دفع تمام قيمتها.

مستثنى، للقاضي أن يقبل الهدايا من ثلاثة أشخاص:

١ - للقاضي أن يقبل هدية من الشخص الذي قلده القضاء والذي مرتبته فوق مرتبة القاضي مثلاً، لو عين قاضي ولاية نواباً عنه في دائرة قضائه وأهدى القاضي لنوابه هدايا فلهم أن يقبلوها ولكن ليس للنواب أن يهدوا ذلك القاضي. كذلك لشيخ الإسلام الذي يعين قضاة للمدن أن يهدي القضاة الذين عينهم (الأشباه).

٢ - للقاضي أن يأخذ هدية من أقربائه ذوي الرحم المحرم بشرط أن لا تكون له قضية (العناية) لأن رد هدية ذي الرحم المحرم يوجب قطع الرحم وهو حرام، ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبارة النهاية تدل على أن المهاداة بينهما قبل القضاء شرط لقبولها كالأجنبي (العناية).

٣ - للقاضي أن يقبل من محبه وصديقه الذي اعتاد إهداءه قبل نصبه قاضياً هديته التي لا تكون زيادة عن المعتاد لأن سبب تلك الهدية لم يكن للقضاء بل قياماً بالعادة ولا يتوهم فيها الرشوة، والعادة تثبت بالمرة الواحدة (الحموي).

ويشترط أن لا يكون للمهدي دعوى فإذا كان له دعوى فالقاضي يرد كل تلك الهدية لأن سبب تلك الهدية القضاء (الزيلعي ومجمع الأنهر).

وعلى هذا الوجه وبعد فصل دعواه وانتهاء دعاويه وخصوماته لا يجوز قبول هدية من اعتاد الإهداء (رد المحتار) كما أنه إذا أهدى الشخص الذي اعتاد الإهداء للقاضي قبل تقلده القضاء هديته التي اعتادها فيرد القاضي الزيادة بسبب القضاء أما إذا كانت الزيادة واقعة في المعنى وليس في المقدار وكان غير ممكن رد الزيادة فيردها القاضي جميعها.

مثلاً، إذا اعتاد واحد أن يهدي القاضي قبل تقلده القضاء حلة من الكتان فأهداه بعد

القضاء حلة من الحرير فيرد القاضي جميع تلك الحلة.

لأنه لا يمكن التمييز ما لم يكن قد تزايد مال المهدي ففي تلك الحال يقبل الزيادة (رد المحتار) والرشوة هي المال الذي يدفع بشرط الإعانة أما الهدية فهي المال الذي يدفع بلا شرط الإعانة.

والرشوة تقسم إلى أربعة أقسام:

١ - الرشوة المحرمة على الآخذ والمعطي كالرشوة التي تعطى للقاضي ليحكم له ويأثم المعطي في إعطاء الرشوة على ذلك الوجه ولو كان محقاً في دعواه ويأثم القاضي إذا حكم لذلك الرجل بناء على الرشوة التي أخذها ولو كان الراشي محقاً في دعواه ويكون ملعوناً.

٢ - الرشوة المحرمة على الآخذ وغير المحرمة على الدافع كما لو دفع أحد رشوة لأحد لخوفه على نفسه أو ماله أو دفع أحد لآخر رشوة لتحققه طمعه في ماله وبقصد تخليص بعض ماله منه فأخذ الرشوة من طرف الآخذ حرام وممنوع (الولوالجية) ولكن ليس محرماً إعطاؤها أنظر المادة (٢١).

٣ ـ لو كان لأحد أمر محق فيه عند وال فادى أحد الأشخاص غير الموظفين مالاً ليقوم له بإتمام ذلك الأمر فيحل دفع ذلك وأخذه لأنه وإن كانت معاونة الإنسان للآخر بدون مال واجبة فأخذ المال مقابل المعاونة لم يكن إلاّ بمثابة أجرة (الولوالجية بتغيير يسير).

٤ - أن يكون أخذه وإعطاؤه حلالاً حيث لم يكن رشوة بل بدل إيجار وهو كما ذكر في مثال القسم الثالث، وهو إذا استأجر أحد آخر ليقوم له بشغل ما لوقت المساء بكذا درهماً فاستخدام ذلك الرجل في ذلك الشغل آخر مباح (الخانية).

حرمة الرشوة ـ والرشوة حرام شرعاً وحرمتها ثابتة بالكتاب والسنة وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾وتصدير الخطاب بالنداء والتنبيه للاعتناء بمضمون ما ورد بالآية الكريمة، والمقصود من الباطل الأسباب المخالفة للشرع الشريف كالأشياء التي لم يبحها كالغصب والسرقة والخيانة والقمار وعقود الربا﴿ومن يفعل ذلك عدواناً﴾أي إفراطاً في التجاوز عن الحد وإتياناً بما لا يستحقه﴿فسوف نصليه ناراً﴾(تفسير أبي السعود في سورة النساء). وقد ورد في آية جليلة أخرى﴿أكالون للسحت﴾أي الحرام كالرشوة من (سحته) إذا استأصله لأنه مسحوت البركة (القاضي).

السنة، قد ورد في السنة الشريفة حديث (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش) والراشي هو الدافع للرشوة والمرتشي هو الآخذ لها والرائش هو الواسطة بين الراشي والمرتشي (الولوالجية).

وقد ورد في حديث شريف آخر (وقبول القاضي الرشوة كفر) (الجامع الصغير من كتب الحديث) وفي حديث آخر (لعنة الله على الراشي والمرتشي).

واللعنة في اللغة بمعنى الطرد وفي العرف تستعمل في طرد الله عز وجل شخصاً من رحمته فإذا

كان اللعن من طرف الله فيقصد به القطع في الدنيا من الخير والتوفيق والابعاد في الآخرة من اللطف والرحمة (شرح الآمال) فاذن يكون معنى الحديث الشريف المذكور أن الله عز وجل قد قطع الراشي والمرتشي من الخير والتوفيق في الدنيا وأبعده من اللطف والإحسان في الآخرة ولذلك فأخذ الرشوة وإعطاؤها محرم أنظر المادة (٣٤).

فالجرأة على هذه الأفعال الباطلة والباعثة للعنة شرعاً ناشئة عن ظلمة القلب لأن صاحب القلب المستنير يستنير بهدى الهداية فينظر في عواقب الأمور ويمنع نفسه فيقول في نفسه أن الدنيا ظل زائل وخيال باطل (العيني شرح البخاري) اذ ان الدنيا غير باقية لأحد ومال الدنيا لا يبقى لأحد ﴿ومن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾.

وقد خطب الرسول عليه السلام في حجة الوداع فقال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا وستلقون ربكم فيسألكم عن أعمالكم (الحديث). ثم قال الأهل بلغت مرتين (البخاري).

لو كان على العبد دانق وله عمل سبعين نبياً ما دخل الجنة حتى يؤدي ذلك الدانق، ويعطي لصاحب الدانق في دانقه سبعمائة صلاة مقبولة فلا يرضيه بذلك (تذكرة القرطبي).

وعندما مرض النبي عليه السلام وأصبح غير قادر اتكأ على أولاد عمه علي بن أبي طالب والفضل بن العباس رضي الله عنهما وصعد إلى المنبر وخطب قائلاً: أيها الناس (من كان له علي دين؟؟).

فطلب منه أحد الناس ثلاثة دراهم فأداها النبي له.

إذا حكم القاضي بالرشوة سواء أكان حكمه قبل أخذه الرشوة أو بعد أخذ الرشوة ففي ذلك اختلاف على ثلاثة أقوال.

١ - فعلى قول إن حكم القاضي صحيح إذا كان موافقاً للمسألة الشرعية سواء في الدعوى التي ارتشى فيها أو التي لم يرتش فيها وبأخذ الرشوة لا يبطل الحكم لأن حاصل اخذ الرشوة هو فسق القاضي وبما أن فسق القاضي لا يوجب انعزاله فولاية القاضي باقية، وإذا كان قضاؤه بحق يلزم نفاذ قضائه[1].

٢ ـ وعلى قول آخر لا ينفذ حكم القاضي في الدعوى التي ارتشى فيها حتى لقد ورد في الخانية: بأن القاضي لو أخذ رشوة وحكم فحكمه غير نافذ بالإجماع ولو كان حكمه بحق لأن القاضي في هذه الصورة يكون قد استؤجر للحكم والاستئجار للحكم باطل لأن القضاء واجب على القاضي في «الولواجية آداب القاضي».

(١) (يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا افسدوا علينا ديننا وشريعة نبينا محمد رسول الله ﷺ لم يبقى منهم إلا الاسم والرسم (رد المحتار) وبعض الشافعية يعبر عنه بانه قاض ضرورة إذ لا يوجد قاض فيما علمنا من البلاد الا وهو راشٍ أو مرتش (رد المحتار في التحكيم))

٣ - وعلى قول ثالث: إنه لا ينفذ حكم القاضي المرتشي في جميع الدعاوى التي حكم بها
هذا القول هو قول بعض علماء الحنفية كالخصاف والطحطاوي المذكور في المادة «١٧٩٤».

لا يملك المرتشي الرشوة ولو قام المرتشي بالأمر الذي ندبه إليه الراشي تماماً فلذلك إذا كان
ال الرشوة موجوداً فيرد عيناً وإذا كان مستهلكاً فيرد بدلاً وإذا كان الراشي توفي فيرد إلى ورثته
بالحكم بالرد على هذا الوجه تخليص المرتشي من حكم الضمان الدينوي أما الخلاص من الحكم
أخروي وهو الأثم واستحقاق النار فلا يحصل إلاّ بالتوبة والاستغفار «الدر المنتقى في الغصب
رد المحتار».

كذلك إذا توفي المرتشي فلا يملك وارثه الرشوة ويلزمه إعادتها إلى الراشي حتى أنه إذا توفي
جل الذي كسبه حرام فيجب على ورثته أن يتحروا أصحاب ذلك المال الحرام فيردوه إليهم وإذا
يجدوهم أن يتصدقوا بذلك المال «الهندية في الباب العشرين في البيوعات المكروهة».

ارتشاء أقرباء القاضي وأعوانه، إذا أخذ ابن القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه رشوة فإذا كان
ك بأمر من القاضي أو برضائه فهو في حكم ارتشاء القاضي ونفاذ الحكم وعدم نفاذه المبني على
ك الارتشاء يجري فيه الاختلاف المار ذكره وأما إذا كان القاضي لا يعلم بارتشاء هؤلاء فينفذ
كم القاضي ويجب على هؤلاء المرتشين أن يردوا الرشوة التي أخذوها إلى أصحابها «الشبلي
ثانية».

المادة (١٧٩٧) - (لا يذهب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين).

لا يذهب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين العامة أو الخاصة لأن تلك الضيافة قد أديت
ضي وليس للقاضي أن ينتفع بأموال الناس بلا بدل كما أن ذهاب القاضي إلى ضيافة أحد
صمين تؤذي الخصم الآخر وتكون سبباً للارتياب في القاضي «الولوالجية والعناية والفتح».

ويفهم من منع الضيافة بصورة مطلقة أن المنع عام سواء أكانت ضيافة المتخاصمين عامة أو
ة وسواء أكان بين القاضي وأحد الخصمين قرابة أو كانت الكلفة مرفوعة بينهما.

ذهاب القاضي إلى ضيافة غير المتخاصمين، للقاضي أن يذهب إلى ضيافة غير المتخاصمين
انت عامة لأنه ليس فيها تهمة وفي الحديث الشريف «فكوا العاني وأجيبوا الداعي» «البخاري
ح المجمع» وبذلك يكون قيد المتخاصمين قيداً احترازياً.

أما إذا كانت الضيافة خاصة فلا يذهب القاضي لأنها تكون ضيافة للقاضي وبهذا الاعتبار لا
كلمة (متخاصمين) قيداً احترازياً.

إذا كان يعلم أن المضيف لا يترك الضيافة مع علمه بعدم حضور القاضي فتكون الضيافة
وإلاّ فخاصة وهذا هو القول المختار وقد قبله قاضي خان على هذا الوجه، أما عند بعض
فإن ضيافة الوليمة والختان هي عامة وما عداها فخاصة وقد قال ابن الهمام: إن هذا القول

مستثنى، إلا أن للقاضي أن يجيب دعوة اثنين:

أولاً: له أن يجيب دعوة محرمه ذي الرحم فعليه إذا كانت بين القاضي والمضيف قرابة فللقاضي أن يجيب الدعوة بلا خلاف لأن في هذه الاجابة صلة رحم (الزيلعي ومجمع الأنهر والخانية والعناية) إلا أنه يجب أن لا يكون المضيف أحد المتخاصمين كما بينا آنفاً.

ثانياً: للقاضي أن يجيب الضيافة الخاصة لمن اعتاد تضييفه قبل أن يتولى القضاء كما هو الحال في الهدية انظر شرح مادة (١٧٩٦) إلا أنه يشترط أن لا يكون للمضيف قضية عند القاضي أما إذا كان المضيف اعتاد تضييف القاضي قبل توليته القضاء في الشهر مرة فدعاه بعد تولي القضاء في الأسبوع مرة فلا يجيب الدعوة كما أنه لا يجيب الدعوة إذا أحضر طعاماً في الضيافة أكثر من معتاده ما لم يكن قد تزايد مال المضيف (رد المحتار).

ذهاب القاضي إلى عيادة المريض وشهود الجنازة، وتعبير الضيافة للاحتراز من شهود الجنازة وعيادة المريض إذ للقاضي شهود الجنازة وعيادة المريض إلا أنه لا يمكث في محل الزيارة وقتاً كثيراً ولكن من اللائق إذا كان المريض أحد الخصمين أن لا يذهب إلى عيادته (مجمع الأنهر).

المادة (١٧٩٨) - (يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن كقبوله دخول أحد الطرفين إلى بيته، والاختلاء مع أحدهما في مجلس الحكم، والإشارة لأحدهما باليد أو بالعين أو بالرأس، أو التكلم مع أحدهما كلاماً خفياً، أو تكلمه مع أحدهما بلسان لا يفهمه الآخر).

يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن كقبوله دخول أحد الطرفين إلى بيته، والاختلاء مع أحدهما في مجلس الحكم أو في محل آخر، والإشارة لأحدهما باليد أو بالعين أو بالرأس أو التكلم مع أحدهما كلاماً خفياً، أو تكلمه مع أحدهما بلسان لا يفهمه الآخر، أو بالقيام لأحدهما، أو بالضحك في وجه أحدهما أو بإرشاد أحدهما أثناء المحاكمة لأنه يوجد في كل حال من هذه الأحوال ميل لأحد الطرفين وجور على الطرف الآخر فيجب على القاضي الإحتراز من ذلك لأنه بذلك يسبب انكسار قلب الخصم الآخر إذ ان المدعي إذا رأى ميل القاضي إلى خصمه يحمله ذلك على ترك دعواه ويوجب ذلك ضياع حقه (شرح المجمع والولوالجية).

إلا أنه للقاضي أن يزور الأشخاص الذين ليس لهم عنده قضايا وأن يقبلهم في بيته في شأن مصالحهم الأخرى.

ضيافة القاضي للمتخاصمين: بما أنه ليس للقاضي أن يقبل أحداً في بيته بصورة مطلقة فليس له قبول أحد من الخصمين بلا دعوة كما أنه ليس له أن يدعوهما ويضيفهما في بيته (فتح القدير) أما إذا أضاف القاضي الخصمين معاً وقبلهما في بيته في وقت واحد فلا بأس في ذلك (رد المحتار).

ليس للقاضي أن يصيح في وجه أحد الخصمين أما إذا تجرأ أحد الخصمين على إساءة الأدب فللقاضي تأديبه وتعزيره حتى إنه إذا تشاتم المتخاصمان في حضور القاضي ولم ينتهيا بنهيه فالقاضي مخير إن شاء حبسهما تعزيراً وإن شاء عفا عنهما.

أما إذا شتم أحد الخصمين الآخر وتكلم بحقه كلاماً مخلاً بالناموس فليس للقاضي تعزير الشاتم ما لم يطلب المشتوم ويدعي ذلك لأن هذا التعزير هو من حق المشتوم ويشترط في حقوق الناس سبق الدعوى انظر المادة (١٨٢٩) (الولوالجية).

تعليم القاضي الدعوى وتلقين الشهادة. إذا أمر القاضي اثنين بتعليم الطرفين دعواهما وخصومتهما فلا بأس في ذلك على قول الإمام (رد المحتار والفتح) كما أنه لا يجوز تلقين الشاهد في الخصوصات التي يعلم أن زيادة العلم فيها لا تفيد (الفتح).

إذا استولت الحيرة والهيبة على الشاهد فترك شرطاً من شروط الشهادة كعدم ذكره لفظة أشهد فيجوز للقاضي أن يقول له هل تشهد بذلك انظر المادة (١٦٨٩) إلا أن جواز هذا التلقين مشروط بأن لا يكون في موضع تهمة، والتلقين في موضع تهمة غير جائز بالإتفاق (الفتح) مثلاً إذا ادعى المدعي ألف وخمسماية درهم وشهد الشاهد بألفي درهم فبما أن شهادته سترد بحكم المادة (١٧٠٨) فللقاضي أن يسأل الشاهد بقوله: يحتمل أن المدعي قد أبرأ المدعى عليه من خمسمائة درهم فاستفاد الشاهد من ذلك وقال: نعم إن المدعي قد أبرأ المدعى عليه من خمسمائة درهم وقد بقي للمدعي ألف وخمسمائة درهم فالتلقين على هذا الوجه غير جائز بالإتفاق كما أنه لا يجوز تلقين أحد الخصمين (رد المحتار).

تكلم أعوان القاضي مع الطرفين كلاماً خفياً: لا يجوز أن يتكلم أعوان القاضي أي كتبته وخدمته مع الطرفين بشأن من شئون دعواهما وكذلك يجب على القاضي ألا يتكلم مع الطرفين في خصوص دعواهما خارج مجلس المحاكمة (رد المحتار والولوالجية).

قبول القاضي الإستدعاء: ليس للقاضي أن يقبل أثناء التداعي والمرافعة استدعاء من أحد وله قبول ذلك بعد المحاكمة، ولا يأخذ بما فيه إلا إذا أقر صريحاً (الدر المختار)

المادة (١٧٩٩) ـ (القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزم عليه أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلاس الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب إليهما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس)

القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين:

قد بين في كتب اللغة معان كثيرة للعدل إلا أنه في هذا المقام يناسب معنيان من معاني العدل.

الأول: العدل بمعنى المساواة إذ يقال: قسموا بينهم على العدل أي على المساواة. وتفريع المجلة العدل هو بهذا المعنى، وبتعبير آخر ان القاضي مأمور بالمساواة بين الخصمين إذ ورد في الحديث الشريف (إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في الجلوس والنظر والإشارة ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر).

وقد ورد في الكتاب الذي أرسله الخليفة عمر بن الخطاب إلى القضاة في زمانه أن (آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك) (فتح القدير).

كما أن عدم المساواة بين الخصمين يوجب كسر قلب أحد الخصمين إذ أن القاضي لو توجه إلى أحد الخصمين يوجب ذلك أن يتجرأ على خصمه ويكون من نتيجته انكسار همة الخصم وضياع حقه في النتيجة (مجمع الأنهر والزيلعي).

وقد ورد في الآية الجليلة﴿فلا تخشوا الناس واخشوني﴾وفي ذلك نهي للقضاة من الخوف من غير رب العباد ومن مراعاة الخاطر والمداهنة (القاضي).

بناء عليه يلزم على القاضي أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلاس الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب إليهما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس أو كان أحدهما أباً والآخر ولده أو كان أحدهما صغير السن والآخر كبيره أو كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم فإذا راعى القاضي المساواة التامة بين الخصمين فلا يأمل الشريف ميل القاضي إلى جانبه لشرفه ووجاهته كما أن آحاد الناس لا يخاف ممن أن يجور به القاضي لضعفه بالتزام خصمه على هذه الصورة يتصل الجميع بحقوقهم (الولوالجية في آداب القاضي).

ليس للقاضي أن يفتي أحد الطرفين أي أن يبدي رأياً لأحد الخصمين في المسألة التي يتخاصمان بها ولذلك قد ورد في المادة (١٨١٥) من المجلة (أن القاضي لا يفشي رأيه قبل الحكم) وأن اراءة القاضي الطريق لأحد الخصمين بقوله ادع كذا أو اطلب كذا غير جائز ومكروه ولكن للقاضي أن يفتي في مجلس الحكم أو في غيره لغير الخصمين في الأمور المتعلقة بالعقائد أو في المعاملات أي أن له أن يبين للسائل المسألة الشرعية (رد المحتار).

ليس للقاضي أن يقوم لأحد الخصمين أما إذا أقام لكليهما فجائز (الدر المنتقى).

لا ينبغي للقاضي أن يجلس أحد الخصمين إلى يمينه وأن يجلس الآخر إلى يساره لأن جهة اليمين ترجح على جهة اليسار فيكون قد أخل بواجب المساواة بينهما ولهذا الشرف فقد خصص النبي عليه السلام جهة اليمين للصحابي أبي بكر الصديق.

الموقع الذي يجب أن يكون فيه الطرفان في حضور القاضي وصورة جلوسهما:

على القاضي أن يجلس الطرفين أمامه في موقع قريب يستطيع به سماع صوتهما العادي بدون

أن يكون محتاجاً لأن ينصت باهتمام أو يحتاج لرفع الصوت وهذا يقدر بمسافة ذراعين ويمنع القاضي الطرفين من رفع صوتهما فلا يجلسهما في جانب واحد لأنه في هذه الصورة يكون أحدهما أقرب للقاضي من الآخر فلا يكون في جلوسهما مساواة (الزيلعي ورد المحتار والعناية والفتح).

يجب على الخصمين أن يجلسا في حضور القاضي كجلوس المصلي حين التشهد فإذا أرادا الجلوس متربعين أو بصورة أخرى فللقاضي منعهما تعظيماً للقضاء ولم يكن معروفاً وقوف المتخاصمين في حضور القاضي كما هو الحال في زماننا وقد حدث ذلك مؤخراً لظهور الاحتياج إلى ذلك وان الناس في أحوالهم وآدابهم مختلفون وقد ظهر في هذا الزمن بعض أمور وظهر بعض السفهاء فللقاضي أن يجري العمل بمقتضى الحال الذي يراه مناسباً يجلس من يستحق الجلوس ويوقف من يستحق الوقوف ويعطي كل إنسان ما يستحق ولا يجب أن يفهم من هذا أن للقاضي إجلاس أحد الخصمين وإيقاف الخصم الآخر.

فإذا ساوى القاضي بين الخصمين على هذا الوجه وأصدر حكمه بحق فلا يؤاخذ إذا مال قلبه لأحد الطرفين (الزيلعي) أي لا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

الثاني: العدل بمعنى عدم الجور وهو إجراء الأمر والحال المستقيم الذي توجبه النفوس والعقول لأن القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين فهو مجبور أن يحكم لمن له الحق. ولذلك يجب على القاضي أن يخاف الله أحكم الحاكمين والعزيز ذا الإنتقام وأن يحكم بالحق فلا يتبع هواه أو يراعي مثلاً خاطر أحد من أهل بلدته أو أن يخاف أحداً من أهل النفوذ ذوي السيطرة فيحكم بتأثير ذلك.

ينبغي للقاضي أن لا يحذر لوم لائم أو طعن طاعن وأن لا يرغب في شيء وأن لا يراعي خاطر أحد فلا ينحرف في حال من الأحوال عن إجراء العدل وأن لا يطرق طريق التحيز ويجب أن يحكم مرجحاً في حكمه طاعة الرب وطمعاً في جزيل الثواب وهرباً من العذاب الأليم وأن يتبع الحكمة.

وبما أن المسلم وغير المسلم متساويان في المعاملات وفي أمر العدل فيجب الحكم عند إجراء المحاكمة للطرف المحق منهما. وقد حكم النبي عليه السلام على مسلم قتل ذمياً بالقصاص (مجمع الأنهر).

احترام القاضي، يجب على الطرفين أن يحترما القاضي الحرمة اللائقة وأن يجتنبا الأفعال والأقوال المخلة بالآداب فلذلك لو قال المحكوم عليه للقاضي (قد حكمت لخصمي لأنك أخذت رشوة منه) فالقاضي يعزره.

الفصل الثالث

في بيان وظائف القاضي

المـادة(١٨٠٠)ـ (القاضي وكيـل من قبل السلطان بـإجـراء المحـاكمـة والحكم).

فلذلك ينبغي أن يعين القاضي بأمر سلطاني وحق عزل ونصب القاضي هو للسلطان صاحب الولاية العظمى أو لمن يأذنه السلطان بذلك أنظر شرح المادة (١٥٨٧) وان القاضي الذي ينصب من طرف شخص مأذون بنصب القاضي يعتبر نصبه كما بين ذلك في شرح المادتين(١٨٠٥و١٨٠٩) ألا يرى أن الوكالة بتوكيل آخر صحيحة كما ذكر ذلك في شرح المادة (١٤٥٩) كما أن الوكيل الذي يوكل من وكيل يكون وكيل الموكل كما جاء في المادة (١٤٦٦) ولا يكون وكيل الوكيل .

وكون القاضي وكيلاً من طرف السلطان في إجراء المحاكمة والحكم لا يمنعه من أن يحكم في دعوى للسلطان أو على السلطان حتى ان القضية التي تكونت بين الخليفة هارون الرشيد وبين نصراني قد فصلت من طرف الإمام أبي يوسف القاضي المنصوب من هارون الرشيد وحكم فيها على هارون الرشيد كما ان القاضي شريحاً قد فصل في القضية التي تكونت بين الخليفة علي كرم الله وجهه وبين يهودي وحكم في نتيجة الدعوى علي (رد المحتار ومجمع الأنهر).

وتتفرع على كون القاضي وكيلاً على الوجه المشروح ثلاث مسائل:

١ ـ ان الوكالة تتقيد وتتخصص كما هو مذكور في المادة ١٤٥٦ والقضاء يتقيد ويتخصص أيضاً كما سيوضح في المادة الآتية.

٢ ـ كما ان للموكل أن يعزل وكيله كما هو مبين في المادة ١٥٢١ فللسلطان أيضاً أن يعزل القاضي سواء وجدت أسباب للعزل كفسق القاضي أو ارتشائه أو ظلمه أو لم توجد كما أن للسلطان عزل القاضي ولو لم يكن ذا أهلية أكثر منه (رد المحتار).

٣ ـ للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة كما هو مذكور في المادتين (١٥٢٢ و ١٥٢٣) كذلك للقاضي أن يستقيل من القضاء وينعزل من القضاء حين اطلاع السلطان على استقالته ولا ينعزل ما لم يطلع الملك على الاستقالة.

مستثنى، ينعزل الوكيل بوفاة الموكل كما هو مبين في المادة ١٥٢٧ أما القاضي فلا ينعزل بموت السلطان والفرق هو: تصرفات السلطان هذه هي للعموم وللمصلحة العامة فبوفاته لا ينعزل وكيله القاضي أما الموكل فهو عامل لنفسه فبوفاته يسقط حقه فوجب انعزال وكيله.

المادة (١٨٠١)ـ (القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان أو المكان واستثناء بعض الخصومات، مثلاً القاضي المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط

وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها، وكذلك القاضي المنصوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء وليس له أن يحكم في قضاء آخر، والقاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للقاضي أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها، أو كان القاضي بمحكمة مأذوناً باستماع بعض الخصوصات المعينة ولم يكن مأذوناً باستماع ما عدا ذلك فله أن يسمع الخصوصات التي أذن بها فقط وأن يحكم فيها وليس له استماع ما عداها والحكم بها، وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس ارفق ولمصلحة العصر أوفق فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد وإذا عمل لا ينفذ حكمه).

يتقيد ويتخصص القضاء بصور خمس: بالزمان والمكان وببعض الخصوصات، وباستثناء بعض الأشخاص. والعمل بقول مجتهد في المسائل الخلافية لأن القاضي وكيل من قبل السلطان لاجراء المحاكمة كما ذكر في المادة الآنفة فالوكالة تتقيد بالقيد والشرط الذي يقيدها الموكل. ان المادة الآنفة هي بحكم السبب والعلة لهذه المادة كما أن القضاء قابل للتعليق والإضافة كما ذكر في شرح المادة(٨٣).

تقييد القضاء بالزمان، مثلاً القاضي المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة فإذا حكم فلا ينفذ حكمه لأنه لم يكن قاضياً قبل حلول السنة، وينصب في زماننا قضاة للحرمين الشريفين في ابتداء شهر المحرم من كل سنة وعليه فليس لذلك القاضي المنصوب أن يحكم قبل حلول محرم تلك السنة كما أن نواب الشرع بتاريخ هذه السنة كان نصبهم يجري على هذا الوجه أي أنه في سنة كذا في شهر كذا أو في يوم كذا من شهر كذا يوجه نيابة قضاء المدينة الفلانية إلى شخص ولم يكن لذلك الشخص أن يحكم قبل حلول ذلك اليوم من ذلك الشهر أما الآن فقد رفع التوقيت وأصبح يوجه القضاء منجزاً.

وكذلك ليس له أن يحكم بعد مرور تلك السنة فإذا حكم فلا ينفذ حكمه لأنه بمرور السنة قد انعزل عن القضاء، أما في زماننا فلا يقيد على الوجه المذكور في هذا المثال بحيث يكون القضاء باطلاً بعد مرور سنة أو سنتين وإن يكن أن قضاء الحرمين يقيد في زماننا باعتبار مبدأ التعيين إلا أنه لا يعتبر باعتبار الانتهاء[١].

(١) هذه الأصول كانت جارية في ابان الحكم العثماني وقد ترك العمل بها أخيراً كما أن بلاد الحرمين قد استقلت وأصبحت تابعة للدولة العربية الحجازية (المعرب).

سبب توقيت القضاء، ان سبب توقيت القضاء هو كما بين في كتاب القضاء من الكتب الفقهية وبينت نبذة منه في كتاب القضاء في شرح المادتين «١٧٩٢ و١٧٩٣».

لأنه من المقتضى أن يكون القضاة من أصحاب اليد الطولى في العلوم العديدة فإذا اشتغل أولئك الذين هم أصحاب الفضل والكمال بأمور القضاء دائماً فلا يتسع وقتهم لتتبع العلوم الأخرى والاشتغال بها فينتج من ذلك أن يطرأ ضعف على علمهم بالعلوم الأخرى ما عدا علم الفقه فلذلك رؤي من الموافق أن يشتغل هؤلاء مدة معينة في القضاء وأن يعودوا بعد ذلك إلى تدريس العلوم الأخرى.

حتى أنه كان في السابق في زمن الحكم العثماني يعتنى الاعتناء الزائد في تقليد القضاء إلى أصحاب الفضل والكمال فيقلد القضاء للعلماء الأعلام والصلحاء المحترمين ممن كان مستجيزاً ومجيزاً للعلوم المختلفة والفنون التي لا تحصى، وقد كان هؤلاء الأفاضل يعتذرون عن قبول القضاء حتى لا يحرمون من العلوم المختلفة والفنون التي لا تحصى ولذلك كان يقلد القضاء لسنة واحدة لمدة موقتة حتى يقلد القضاء لأهله ومستحقه ولإجابة طلب أصحاب الفضل والكمال منهم ليتمكنوا من الاشتغال بالعلوم والفنون وإلا فتوجيه القضاء بدون توقيت ليس مخالفاً للشرع، وقد بين في المادة ١٨١٨ أن القاضي شريحاً رضي الله عنه قد اشتغل بالقضاء مدة ثمانين سنة كما أنه في هذا الزمن يوجد قضاة قد اشتغلوا في القضاء أكثر من عشر سنوات بلا عزل حتى ان حضرة والدي المبجل الذي كان من افاضل العلماء وأكابر الصلحاء الحاج محمد امين أفندي المدرس العام في جامع بايزيد قد عين في سنة ١٣٠٤ لأمور الشرع بأزمير وقد خدم أكثر من عشرين سنة، بلا انفصال، تلك الوظيفة بكمال الاستقامة كالوظائف التي خدمها في السابق[1].

وفي زماننا يوجد مدرسة خاصة تدرس فيها العلوم المقتضية لهذه المناصب القضائية بما فيه علم الفقه ويعين خريج المدارس قاضياً فلم يبق سبب لتوقيت القضاء كما أنه قد تولد من توقيت القضاء على هذا الوجه مفاسد كثيرة فلذلك رفع التوقيت بتاريخ سنة ١٣٣١ وكان القاضي يبقى في وظيفته مستمراً ما دام يحسن القيام بها.

كذلك ليس للقاضي الذي يعين ليحكم في يومين في الأسبوع أن يحكم في أيام أخرى.

تقييد القضاء بالمكان: وكذلك القاضي المنصوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء إذ أن المصير ليس بشرط نفاذ القضاء فلذلك للقاضي أن يحكم في القرى الداخلة ضمن قضائه (رد المحتار).

ولكن ليس له أن يحكم في قضاء آخر وهذا المثال في هذه الفقرة الأخيرة مثال على التقييد بالمكان فعلى ذلك لو ذهب قاضي بلدة إلى قصبة غير تابعة للقضاء المذكور وحكم في قضية تتعلق

(١) عن أبي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول اشغلناك بالعلم اذهب فاشتغل ثم ائتنا (فتح القدير).

بأحد أفراد أهالي القضاء على شخص آخر مع كونه لم يعين مولي أو حكماً في تلك القضية فلا يصح حكمه ولا ينفذ، وفي زماننا جميع القضاء مقيد بالمكان وقد قصر وخصص ولاية كل قاض من الشرع بقضاء مخصوص فلذلك ليس لقاضي قضاء أن يحكم في قضاء آخر. مثلاً لقاضي دمشق أن يحكم في دمشق فقط وليس له أن يحكم في القضاء الملحق بمركز الولاية كما أنه ليس له أن يحكم في الألوية الملحقة بالولاية كما أن قاضي قضاء حمص له أن يحكم ضمن قضاء حمص وليس له أن يحكم في قضاء حماة.

مستثنى ـ إذا صدر حكم من قاض ونقض الحكم تمييزاً وعهد بفصل القضية إلى قاض آخر بموجب حكم مجلس التدقيقات الشرعية فيجوز ذلك حيث قد صدرت الإرادة السنية بذلك وقد بينت هذه المسألة مفصلاً في شرح المادة (٨٤٩).

القاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل آخر ولا يوجد تقييد في زماننا مثل هذا التقييد الوارد في هذا المثال.

تقييد القضاء باستثناء بعض الخصوصات: لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة فليس للقاضي أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها فإذا حكم فلا ينفذ حكمه لأن ذلك القاضي لم يكن قاضياً في تلك المسألة فلذلك إذا اختلف الطرفان في مسألة وجود نهي عن رؤية تلك الدعوى فإذا أثبت المحكوم عليه النهي فلا يسمع القاضي الدعوى وإلا فالقول قول القاضي أنظر المادة ٩ (رد المحتار).

وهذه الخصوصات على قسمين:

القسم الأول: خصوصات عامة، وان المادة ١٦٦٠ وما يتلوها من المواد هي من هذا القبيل حيث قد منع القضاة من سماع الدعوى التي تركت عشر أو خمس عشرة سنة وهذا عام مهما كان الطرفان في تلك القضية، وبتعبير آخر هي خصوصات عامة باعتبار الطرفين.

مسائل متفرعة عن تقييد القضاء باستثناء بعض الخصوصات:

١ ـ إذا ادعى المدعي قائلاً: إنني أطلب العشرة دنانير التي أقرضت لك قبل خمس عشرة سنة وانكر المدعى عليه الدعوى فيقول القاضي للمدعي لا اسمع دعواك ويرد دعواه فعليه إذا استمع القاضي بينة من المدعي بداعي عدم ادعاء المدعى عليه وجود مرور الزمان المانع من سماع الدعوى وحكم بعد التزكية بالعشرة دنانير فيكون حكمه باطلاً لأنه ليس للقاضي باعتباره قاضياً أن يستمع هذه الدعوى أما إذا حكم القاضي من قبل الخصمين فله أن يستمع هذه الدعوى باعتباره حكماً (الحموي) لأن عدم استماع الدعوى التي فيها مرور زمن هو واقع بالمنع السلطاني وهذا المنع هو خاص في حق القاضي وليس في حق الحكم.

٢ – قد منع القضاة من تسجيل وقف المدين بإرادة سلطانية فلذلك إذا وقف مدين ماله ولو في حال صحته بقصد تهريب أملاكه من دائنيه ثم توفي ولم يوجد له مال يكفي لأداء دينه فللدائنين

أن يطلبوا من القاضي نقض الوقف وأن يستوفوا مطلوبهم من تلك الأملاك فإذا لم ينقض القاضي الوقف وحكم بلزومه وسجله ينفذ حكمه ولا يعتبر تسجيله.

٣ - قد منع القضاة من سماع دعوى المواضعة والاسم المستعار في العقارات أي في الأملاك الصرفة والمستغلات والمسقفات الموقوفة ولذلك لو استمع القاضي الدعوى وقبل الشهود الذين أقامهم المدعي على كون الفراغ مواضعة وحكم القاضي بعد التعديل والتزكية بأن الفراغ مواضعة لا ينفذ حكمه كما أنه إذا كلف المدعى عليه اليمين ونكل عن الحلف وحكم القاضي بالمواضعة لا ينفذ حكمه.

٤ - قد منع القضاة من سماع دعوى الفراغ بالوفاء في الأرض الأميرية وفي الأراضي الوقفية التي هي من قبيل التخصيصات إذا لم يكن مدرجاً شرط الوفاء في سند الفراغ وهذا المنع مبني على الإرادة السنية الصادرة في ٢٦ صفر سنة ١٢٧٨ فلذلك لو استمع القاضي تلك الدعوى وقبل البيّنة أو حلف اليمين وحكم فلا ينفذ حكمه.

٥ - لا تسمع دعوى الفراغ مجاناً بشرط الإعاشة ما لم يكن الشرط المذكور مدرجاً في السند فإذا كان مدرجاً فالدعوى مسموعة وهذا المنع مستند على الإرادة السنية الصادرة في ١٨ صفر سنة ١٣٠٦ وعلى ذلك لو سمعت الدعوى مع عدم ذكر ذلك الشرط في سند الفراغ وحكم فلا ينفذ الحكم.

٦ - قد منع القضاة من سماع دعوى فراغ الأراضي الأميرية مجاناً بشرط الإعاشة.

٧ - لا تسمع دعوى الرهن والشرط والوفاء والاستغلال غير المذكورة في السند. مثلاً لو باع البائع ملكه قطعياً وسلم المشتري سند مبايعة على الأصول ثم ادعى أن المبيع كان رهناً أو كان وفاء أو استغلالاً أو كان بشرط كذا فلا تسمع الدعوى حسب المادة ١٩ من نظام الأملاك كما أنه يوجد دعاوى أخرى ممنوعة قد بيّنت في شرح الباب الثاني من الدعوى.

أو كان القاضي بمحكمة مأذوناً باستماع بعض الخصوصات المعينة فله أن يسمع الخصوصات التي أذن بها وأن يحكم فيها فقط وليس له استماع ما عداها أي غير المأذون باستماعها والحكم بها.

ومحكمة الأوقاف ومحكمة القسام المشكلتان في الآستانة في العهد العثماني هما هذا من القبيل.

أما في زماننا فلم يمنع قضاة الشرع في الولايات العثمانية من فصل أي قضية شرعية وان يكن قد صدر في ٢٥ رمضان سنة ١٢٩٢ أمر مبني على قرار من شورى الدولة العثمانية بلزوم رؤية دعاوى الأراضي الأميرية في مجالس أخرى إلّا أنه لا يوجد في الأمر المذكور قيد يمنع قضاة الشرع من سماع تلك الدعاوى بالصورة المذكورة في هذه الفقرة كما أنه لم يصدر أمر سلطاني يمنع القضاة الشرعيين من استماع تلك القضايا، ولذلك إذا فصلت المحاكم الشرعية دعاوي الأراضي بحق وأصدرت حكمها فيها فالإعلامات الشرعية التي صدرت تصدق من دائرة الفتوى العالية.

أما دعاوى القسامة والدية والأرش والقصاص والغرة وحكومة العدل والطلاق والنكاح والنفقة والوقف فاستماعها عائد للمحاكم الشرعية فقط ولا تسمع تلك الدعاوى في المجالس الأخرى.

القسم الثاني: الخصوصات الخاصة فالمسائل المتفرعة عنها هي:

أولاً ـ لو صدر أمر سلطاني (بأن لا تسمع دعوى فلان).

ثانياً ـ لو صدر أمر سلطان بـ (أن لا تسمع دعوى فلان إلى الوقت الفلاني) فليس للقاضي أن يسمع تلك الدعوى إلى ذلك الوقت وإذا استمع القاضي تينك الدعويين المذكورتين في هاتين المسألتين لا ينفذ حكمه.

ثالثاً ـ لو صدر أمر سلطاني بـ (أن لا ينصب بعد فلان نائباً للقاضي) فعينه قاضي بلدة نائباً عنه فاستمع بعض الدعاوي وحكم بها لا ينفذ حكمه.

رابعاً ـ المولي، لو تعين مولي من طرف السلطان لأن يفصل مثلاً دعوى الأراضي المتكونة بين زيد وعمرو فللمولي المذكور فقط أن يفصل في تلك الدعوى وليس له أن يفصل دعاوي الأشخاص الآخرين كما أنه ليس له أن يفصل الدعاوى الأخرى المتكونة بين زيد وعمرو.

تقييد القضاء بالعمل بقول مجتهد في المسائل الشرعية الخلافية:

كذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد أي باجتهاد مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس أرفق ولمصلحة القطر أوفق فعلى القاضي أن يحكم برأي واجتهاد ذلك المجتهد.

وقد ورد في تقرير المجلة (انه من الواجب العمل بأمر إمام المسلمين بالعمل بأحد القولين في المسائل المجتهد فيها) فعلى ذلك ليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد فإذا عمل وحكم لا ينفذ حكمه لأنه لما كان القاضي غير مأذون بالحكم بما ينافي ذلك الرأي فلم يكن القاضي قاضياً للحكم بالرأي المذكور.

والمذاهب المشهورة هي الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي ولما كان أكثر رعايا الدولة العثمانية متمذهبين بالمذهب الحنفي فقد أمر قضاة الشرع بالحكم بموجب المذهب الحنفي ويوجد في العراق والحجاز واليمن مسلمون متمذهبون بالمذاهب الأخرى.

أما المسائل التي تتكون بين الأهالي المقلدة للمذاهب الأخرى ويرى مناسباً فصلها توفيقاً لأحكام مذهبهم فلهم أن يعينوا حكماً ليفصل في دعاويهم ولهذا الحكم أن يحكم بموجب أحكام المذهب المنسوب له وهذا الحكم يصدق من طرف القاضي الحنفي المنصوب من قبل السلطان.

وقد قسم المجتهد إلى ثلاثة أقسام:

الأول ـ مجتهد في الشرع كالأئمة الأربعة وهم الإمام الأعظم والشافعي ومالك والحنبلي.

الثاني ـ مجتهد في المذهب كالإمام أبي يوسف ومحمد وسائر الأصحاب الحنفية.

الثالث ـ مجتهد في المسائل كالخصاف والطحطاوي والكرخي والحلواني والسرخسي والبزدوي وقاضيخان.

وعبارة مجتهد الواردة في هذه الفقرة هي مستعملة بمعنى يشمل المجتهدين الثلاثة.

إذا أمر السلطان قضاة الشرع بالعمل بالمذاهب الأخرى في بعض المسائل فيصح الأمر وتجب الطاعة له لأنه أمر بما ليس بمعصية ولا مخالف للشرع بيقين وطاعة أولي الأمر في مثله واجبة (الأنقروي في القضاء).

وقد أمر السلاطين العثمانيون القضاة بالعمل في بعض المسائل بغير المذهب الحنفي فمثلاً لا يجوز في المذهب الحنفي بيع عقار المفقود الذي لا يخشى خرابه لكن السلطان سليمان قد أمر ببيع عقار المفقود، والقضاة الحنفية يحكمون حتى الآن بموجب ذلك فلذلك لو ظهرت حياة المفقود بعد بيع العقار فله أخذ ثمن المبيع أما إذا بيع العقار بغبن فاحش فلمفقود أن يفسخ البيع. أنظر المادة (٥٨) (معروضات أبي السعود بزيادة).

إن منافع المغصوب غير مضمونة مطلقاً عند الإمام الأعظم المجتهد في الشرع والامامين أبي يوسف ومحمد المجتهدين في المذهب إلّا أن متأخري الفقهاء أهل التخريج والترجيح الحنفية شاهدوا تعدي الناس على أموال الأيتام والأوقاف فافتوا بلزوم الضمان فيهما قطعاً للأطماع الفاسدة. أنظر شرح المادتين (٣٩ و٥٩٦) إلاّ أن الإفتاء يجب أن يكون على فتوى الإمام الشافعي المجتهد في الشرع وان القول الذي قيل في المجلة بعدم ضمان منافع المغصوب فيما عدا المعد للاستغلال وأموال الأوقاف والأيتام فيؤمل قريباً أن يعمل بقبول الإمام الشافعي بسبب زيادة التعدي على الحقوق فتصبح منافع المغصوب مضمونة.

وقد مرّ في المجلة مسائل كثيرة متفرعة على التقييد في هذه الصورة الرابعة، وقد صار بيانها وتوضيحها أثناء الشرح إلّا أنه من الفائدة ذكر بعض أمثلة هنا.

أولاً ـ قد بيّن في شرح المادة (١٧٩) من المجلة إذا كان الإيجاب واحداً لا يتعدد البيع بتفصيل الثمن فقط حسب قول الإمام الأعظم وقد قال الإمامان بتعدده إلّا أن المجلة قد قبلت القول الأول.

ثانياً ـ قد قال الإمام الأعظم بعدم جواز خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام وأما الإمامان فقد قالا بجواز خيار الشرط مهما بلغ من الأيام بشرط أن تكون المدة معلومة وقد اختارت المجلة في المادة (٣٠٠) قول الإمامين.

ثالثاً: تنعقد الإقالة بالإيجاب والقبول ولو كان أحدهما بصيغة الماضي والآخر بصيغة الماضي على رأي الشيخين كما ذكر في شرح المادة (١٩١) أما عند الإمام محمد فلا تنعقد وقد قبلت المجلة قول الشيخين.

رابعاً ـ قد قبلت المجلة في لزوم الاستصناع قول الإمام أبي يوسف كما بين ذلك في شرح المادة (٣٩٢).

خامساً ـ إذا أجاز صاحب المال إجارة الفضولي بعد مرور مدة من الإجارة فعند الإمام محمد رحمه الله يعود بدل الإجارة الذي يخص مدة قبل الإجارة للفضولي وبدل الإجارة بعد الإجازة إلى

صاحب المال وقد قبلت المجلة هذا الرأي في المادة (٤٤٧).

سادساً - إذا توفي المحيل في الحوالة المقيدة قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته فعند الإمام زفر لا يحق لدائني المحيل أن يتداخلوا بالمحال به أما عند الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف ومحمد يعود المحال به إلى تركة المتوفي ويقسم غرامة بين الدائنين وقد قبلت المجلة في المادة (٦٩٢) قول الإمام زفر.

الترتيب الذي يجب على القاضي أن يعمل به في أقوال الفقهاء: إذا صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد فحكم القاضي برأي مجتهد آخر باطل أما إذا لم يكن أمر سلطاني بترجيح رأي أحد المجتهدين في الأقوال المختلفة فعلى القاضي والمفتي أن يعمل على الوجه الآتي:

أولاً - يعملان بقول الإمام الأعظم رحمه الله سواء كان أحد الإمامين مشتركاً في ذلك الرأي أو غير مشترك لأنه كان من التابعين (الولواجية) ولأنه رأى الصحابة وزاحم التابعين في الفتوى فقوله أشد وأقوى ما لم يكن اختلاف عصر وزمان.

مستثنى - أما في المسائل الآتية الذكر فيعمل بقول الإمامين:

١ - يفتى ويعمل في المسائل المتعلقة بأمور القضاء والشهادة برأي الإمام أبي يوسف رحمه الله لأنه قد اشتغل بالقضاء فعلاً وحصل على زيادة تجربة فيه إذ ليس الخبر كالعيان (الحموي وشرح رسم المفتي).

٢ - إذا كان سبب الاختلاف ناشئاً عن تغير الزمان فيعمل بقول الإمامين كالحكم بظاهر العدالة. أنظر شرح المادة (١٧١٦).

٣ - يعمل بقول الإمامين في المسائل التي أجمع فيها المتأخرون على قولهما كالمزارعة والمساقاة كما أنه قد ذكر في كتاب الشركة أيضاً بأنه قد صدر الأمر السلطاني بالعمل بقول الإمامين.

٤ - إذا رجح المتأخرون قولاً بأن قالوا: إن الفتوى على قول الإمام أبي يوسف أو على قول الإمام محمد يعمل بذلك القول. وألفاظ الترجيح هي كقولهم، وعليه الفتوى، أو به يفتى أو به نأخذ، أو وعليه الاعتماد، أو وعليه عمل اليوم. أي عليه عمل الناس في هذا الزمن الحاضر أو وعليه عمل الأمة، أو وهو الصحيح، أو وهو الأصح، أو هو الأظهر أو وهو الأشبه، أي الأشبه بالمنصوص رواية والراجح دراية فيكون عليه الفتوى، أو وهو الأوجه، أو وهو المختار وبه جرى العرف وهو المتعارف وبه أخذ علماؤنا وما أشبه ذلك من الألفاظ ومع ذلك فإن بعض هذه الألفاظ آكد من الألفاظ الأخرى فإن لفظ الفتوى آكد من لفظ الأصح والأشبه ولفظ وبه يفتى آكد من لفظ الفتوى عليه كما أن لفظ الأصح آكد من لفظ الصحيح ولفظ أحوط آكد من لفظ احتياطي فعليه إذا صرح أحد المشايخ بأن قول غير الإمام هو القول المفتى به فعلى القاضي أو المفتي أن يأخذ بذلك القول، أما إذا كان القولان مصححين ولم يكن تصحيح أحدهما آكد من الآخر فللقاضي أن يحكم بأيهما كما أن للمفتي أن يفتي بأيهما (الدر المختار ورد المحتار).

وقد ذكر في كتاب الوقف من كتاب الدر المختار بأنه إذا وقف المشاع القابل للقسمة فالوقف

جائز عند الإمام أبي يوسف لأن الإمام المذكور لا يشترط التسليم في الوقف أما عند الإمام محمد فالوقف غير جائز لأنه يشترط التسليم في الوقف وبما أن كلا القولين قد صحح بلفظ الفتوى فالمقلد (القاضي الحنفي) مخير إن شاء حكم بصحته وإن شاء حكم ببطلانه وإذا حكم بأحد القولين مرجحاً ذلك القول فلا يجوز له أن يحكم في تلك الحادثة بالقول الآخر إلا أن له أن يحكم بالقول الآخر في حادثة أخرى.

ثانياً: إذا لم يوجد رواية عن الإمام الأعظم في مسألة يعمل بقول الإمام أبي يوسف.

ثالثاً: إذا لم يوجد رواية عن الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف في مسألة يعمل بقول الإمام محمد.

رابعاً: يعمل بقول الإمام زفر والإمام الحسن بن زياد رحمهما الله.

وليس للقاضي أو المفتي أن يخالف هذا الترتيب ما لم يكن أحدهما صاحب ملكة يمكن بها أن يطلع على قوة الدليل كالمشايخ الذين هم من أصحاب الترجيح إذ ليس على هؤلاء أن يأخذوا بقول الإمام الأعظم على الإطلاق بل لهم أن ينظروا إلى الدليل وأن يرجحوا القول الذي يرونه أنه راجح حسب اجتهادهما (رد المحتار).

ولذلك فإن أصحاب الترجيح قد رجحوا حيناً أقوال الإمام أبي يوسف ومحمد على قول الإمام الأعظم كما أنهم قد رجحوا قول الإمام زفر على الأقوال الأخرى في سبع عشرة مسألة فوجب علينا متابعة ترجيح هؤلاء لأنهم أهل النظر في الدليل من الأقوال.

فالقاضي يحكم بالقول الصحيح والمفتى به في مذهبه ولا يحكم بالقول الضعيف وغير المفتى به لأن جهة الصحيح هي الحق وطرف الضعيف هو خلاف الحق فالحكم بالقول الضعيف هو حكم بغير الحق واتباع للهوى وهذا حرام بالإجماع (شرح رسم المفتي والدر المختار).

فلذلك إذا حكم القاضي بالقول الضعيف لا ينفذ وينقض حكمه.

سؤال: إن القول الضعيف يتقوى بالقضاء فإذاً كيف نقضه؟

الجواب: المقصود بالقضاء هو قضاء المجتهد (رد المحتار) لا سيما أن سلاطين الدولة العثمانية ينصبون القضاة والمفتين بشرط أن يحكموا بالقول الصحيح ولذلك إذا حكموا بخلاف القول الصحيح فلا ينفذ حكمهم.

إن هذه التفصيلات هي في صورة حكم القاضي الحنفي على مذهبه. أما إذا حكم القاضي بأحد المذاهب الثلاثة مخالفاً مذهبه. مثلاً بأن يحكم القاضي الحنفي بالمذهب الشافعي أو القاضي الشافعي بالمذهب الحنفي فهذا الحكم نافذ عند الإمام الأعظم وعليه الفتوى سواء كان الحكم سهواً أو نسياناً أو عمداً، ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين لأن رأيه يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده أخطأ فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في مجتهد فيه فينفذ حتى لو حكم

القاضي بفتوى ثم تبين أن تلك الفتوى مخالفة لمذهبه ينفذ قضاؤه وليس له أو لقاض خلافه أن ينقض ذلك الحكم انظر شرح المادة (١٨٣٨) (البزازية عن شرح الطحطاوي والحموي والفتح)

أما عند الإمامين فالحكم غير نافذ وقد ذكر في المحيط أن الفتوى على قول الإمامين كما أنه قد رجح في فتح القدير وفي الشرنبلالي قولهما (شرح المجمع لابن ملك).

ويجب أن يعلم بأنه إذا نصب القاضي من طرف السلطان بأن يحكم على المذهب الحنفي فليس له أن يحكم بمذهب آخر كما مر ذكره فإذا حكم فحكمه باطل لأن القاضي معزول عن القضاء بالنسبة إلى هذا الحكم (رد المحتار ورسم المفتي).

إن القاضي مكلف أن يتحرى المسائل الشرعية من الكتب الشرعية المعتبرة وأن يحكم بموجبها وليس له أن يحكم قياساً حتى لو أن القاضي قاس مسألة على مسألة أخرى وحكم بموجب ذلك القياس ثم ظهرت رواية خلاف الحكم وتبين خطأه في الحكم فللمحكوم عليه أن يخاصم القاضي والمدعي يوم القيامة. يخاصم القاضي لأنه ليس في هذا الزمن أحد من أهل الإجتهاد والقدرة على ذلك وقد أثم القاضي باجتهاده ويخاصم المدعي لأنه قد أخذ مال المدعى عليه بغير حق ويجب عليه أن يعيد المال الذي أخذه إلى المقتضى عليه إذ أن اعتماد المدعي على أمر القاضي غير المشروع لا يخلصه من الضمان (رد المحتار والحموي).

خامساً: إن الكتب الفقهية مقسمة إلى ثلاثة أقسام وهي المتون والشروح والفتاوى.

مسائل المتون ترجح على مسائل الشروح لأن مسائل المتون قد أصبحت متواترة كما أن مسائل الشروح مقدمة على مسائل الفتاوى والحكم على ذلك سواء صحح القولان أو لم يصححا. أما لو ذكر في المتن مثلاً مسألة ولم يذكر عنها بأنها صحيحة وذكر عن المسألة الواردة في الشرح أنها صحيحة فتقدم المسألة الواردة في الشرح لأن ذكر المسألة في المتن هو تصحيح التزامي، أما التصحيح الوارد عن الشرح فهو تصحيح صريح والتصحيح الصريح مقدم على التصريح الالتزامي (رسم المفتي).

سادساً: إذا ذكر في الكتب الشرعية قولان وأثبت أحدهما بذكر دليله فهو مرجح لأن التعليل يفيد ترجيح المعلل.

سابعاً: إذا كان أحد القولين قياسياً والآخر استحسانياً فيرجح القول الاستحساني إلا أنه يستثنى من ذلك مسائل عديدة وهذه المسائل هي مذكورة في أجناس الناطق وهي إحدى عشرة مسألة وقد أوصلها نجم الدين السيفي إلى اثنين وعشرين مسألة وقد ذكرها ابن نجيم في كتابه شرح المنار (رسم المفتي).

ثامناً: إذا كان يوجد اختلاف بين العلماء في المسائل الوقفية فيحكم القاضي بالقول الأنفع للوقف إذ أن الوقف غير لازم عند الإمام الأعظم ولازم عند الإمامين فالقاضي نفعاً للوقف يحكم بموجب قول الإمامين ويحكم بالوقف وبتسجيله.

تاسعاً: إذا اختلف في الروايات والتصحيح يجب العمل بظاهر الرواية (رد المحتار) لأن المسائل الفقهية الحنفية هي على ثلاث طبقات:

الأولى - مسائل الأصول، ويقال لها ظاهر الرواية وهي المسائل المذكورة في كتب الإمام محمد الستة وهي المبسوط والزيادات والجامع الصغير والسير الصغير والجامع الكبير والسير الكبير. وإنما سميت بظاهر الرواية لأنها رويت عن محمد روايات الثقاة فهي ثابتة عنه ومتواترة أو مشهورة عنه.

الثانية- مسائل النوادر، وهذه لم تذكر في الكتب الستة المذكورة وهي مذكورة في الكتب الأخرى أما في الكتب المنسوبة للإمام محمد كالهارونيات والكيسانيات والجرجانيات والرقيات واما مذكورة في كتاب حسن بن زياد ويقال لها غير ظاهر الرواية لأنها لم تروَ عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة.

الثالثة - مسائل الواقعات، وهي لم تروَ عن المجتهد في الشرع والمذهب بل هي المسائل التي استنبطها المجتهدون المتأخرون وهي أجوبة على أسئلة وقعت لهم (رد المحتار).

فعلى ذلك ليس للقاضي أن يحكم بما يخالف ظاهر الرواية وبالرواية الشاذة ما لم يصرح بأن الفتوى هي على خلاف الظاهر. أما إذا لم يوجد في ظاهر الرواية شيء فيتعين أن يحكم بخلاف ظاهر الرواية (رسم المفتي).

المادة (١٨٠٢) - (ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها وإذا فعل لا ينفذ حكمه انظر المادة ١٤٦٥).

ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها فاذا استمع تلك الدعوى وحكم بها لا ينفذ حكمه لأن السلطان قد شرط اجتماع رأيين لتأمين الإصابة في الحكم والحكم المخالف للأمر السلطاني مردود انظر مادتي (١٤٦٥ و١٨٠١).

والنصب للحكم معاً اما أن يكون صراحة كما هو مذكور في هذه المادة أن يعين وينصب السلطان شخصين معاً قاضيين لبلدة ليحكما معاً واما أن يكون دلالة كأن ينصب السلطان قاضيين لمحكمة وفي هذه الصورة لا يحق لأحدهما الحكم وحده ما لم ينصب للقضاء ويصرح في أمر تعيينهما ان لكل الحق أن يحكم مستقلاً وفي هذه الصورة فاللائق أن ينفذ حكم أحدهما فقط (جامع الفصولين).

يعني إذا نصب قاضيان على أن يكون لكل منهما الحق في استماع الدعوى مستقلاً فلكل منهما أن يحكم مستقلاً ومن جملة هؤلاء القضاة المنصوبين على هذا الوجه قاضي عسكر الآستانة وقاضي القسام العمومي وقاضي الآستانة ومعاون قاضي الآستانة وقضاة الحرمين المحترمين ومعاونيهم إذ أن قاضي العسكر مأذون بالحكم كما أن قاضي القسام مأذون بالحكم أيضاً وكذلك قضاة الحرمين

مأذونون بالحكم وكذا معاونوهم مأذونون بالحكم أيضاً.

وفي المحاكم الشرعية التابعة للدولة العثمانية جار من القديم أصول القاضي المنفرد ولا يوجد في تلك المحاكم قاضيان منصوبان ليحكما على هذا الوجه؛ وإن يكن أن لبعض المحاكم الشرعية مشاورين ومعاونين كالصدرين وقاضي الأوقاف إلا أن هؤلاء المشاورين والمعاونين عندما يفصلون القضايا يفصلون مستقلين بدون اشتراك القاضي معهم.

المادة (١٨٠٣) - (إذا طلب أحد الخصمين المرافعة في حضور قاض وطلب آخر المرافعة في حضور قاض آخر في البلدة التي تعدد قضاتها ووقع الاختلاف بينهما على هذا الوجه يرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه)

إذا طلب أحد الخصمين المرافعة في حضور قاض وطلب آخر المرافعة في حضور قاض آخر في البلدة التي تعدد قضاتها وكان كل منهم مأذوناً أن يحكم في قسم من البلدة ووقع الإختلاف بينهما يرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه على قول الإمام محمد المفتى به لأن الأصل براءة الذمة وان المدعى عليه طالب بسلامة نفسه بدفع دعوى المدعي أما المدعي فهو راغب في أخذ حق من المدعى عليه وبما أنه يوجد شبهة عند طلب سلامة نفسه في القاضي الذي اختاره المدعي وفي ان ذلك القاضي ربما ينحاز إلى إثبات دعوى خصمه الغير المحقة فمن الأولى مراعاة رغبة المدعى عليه من مماشاة المدعي (تعليقات ابن عابدين على البحر) أما عند الإمام أبي يوسف فيرجح القاضي الذي اختاره المدعي (واقعات المفتين).

والقصد من عبارة، في البلدة التي تعدد قضاتها، هم القضاة المأذون كل واحد منهم بالحكم في أحد أقسام البلدة كقضاة الآستانة إذ أن في الآستانة قاضياً لاستانبول وقاضياً للغلطة وقاضياً لأيوب وقاضياً لاسكى دار. مثلاً لو أقام مدع مقيم في محلة الشهزاده في الآستانة دعوى على مدعى عليه مقيم في اسكي دار وطلب المدعي استماع دعواه لدى قاضي استانبول وطلب المدعى عليه استماع الدعوى في محضر قاضي اسكي دار وحصل اختلاف بينها على هذا الوجه فتسمع الدعوى عند قاضي الأسكي دار كما أنه لو كان في بلدة قضاة للمذاهب الأربعة، كما كان الحال في القاهرة سابقاً، وطلب المدعي استماع الدعوى لدى القاضي المالكي فيرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه. (البحر).

كذلك إذا حدثت دعوى بين جندي وبين أحد الأفراد فيعتبر قاضي المدعى عليه يعني إذا كان المدعي جندياً والمدعى عليه من غير الجنود فيجب استماع الدعوى بينهما لدى القاضي الذي اختاره المدعى عليه أما إذا كان المدعي غير جندي والمدعى عليه جندي فالدعوى ترى في حضور قاضي العسكر إلا أنه في زماننا لا يوجد للجنود قضاة مخصوصون لدعاوي الحقوق فلذلك دعاوي الجنود ترى أمام القاضي العمومي (الواقعات والخانية بزيادة).

أما إذا كان القضاة المتعددون في بلدة مأذوناً كل واحد منهم أن يستمع قضايا جميع انحاء تلك البلدة وحصل اختلاف بين المدعي والمدعى عليه على هذا الوجه فيرجح القاضي الذي اختاره

المدعي لأنه لما كان المدعي هو منشيء الخصومة فله إن شاء إنشاء الخصومة عند هذا القاضي أو ذلك القاضي الآخر ولا يقال له: لا تنشيء الخصومة في حضور هذا القاضي وانشئها عند ذلك القاضي (تعليقات ابن عابدين على البحر) كقاضي عسكر الروملي وقاضي القسام العمومي فعلى ذلك لو أراد المدعي المرافعة أمام قاضي عسكر الروملي وأراد المدعى عليه المرافعة أمام قاضي القسام العمومي فتجري المحاكمة أمام قاضي عسكر الروملي الذي اختاره المدعي.

المادة(١٨٠٤)- (إذا عزل قاض إلا أنه لعدم وصول خبر العزل إليه مدة كان قد استمع وفصل بعض الدعاوى في تلك المدة صح حكمه ولكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل إليه).

إن انعزال القاضي مشروط بوصول خبر العزل إليه فلذلك إذا عزل قاض ولم يصله خبر العزل مدة واستمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة يكون حكمه صحيحاً حيث لم ينعزل القاضي بعد لأن ثبوت حكم خطاب الشارع في حق المخاطب مشروط ببلوغ الخطاب المذكور لذلك المخاطب وخطاب هذا القاضي مشروط فيه ذلك (الولوالجية)[1].

والحكم في الوكالة أيضاً على هذا الوجه كما بين في المادة (١٥٢٣).

ولكن لا يصح حكمه بعد وصول خبر العزل إليه ولو لم يحضر خلفه لتسلم القضاء منه لأنه في هذه الصورة قد انعزل القاضي من القضاء والتحق بالرعايا ولم يبق له ثمة من صفة فحكمه باطل.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة فقال بعضهم: بأن القاضي لا ينعزل بمجرد وصول خبر العزل إليه واشترطوا وصول خلفه وقال بعضهم بأن القاضي إذا وقف على عزله بكتاب أو بخبر ينعزل عن القضاء ولا يشترط وصول خلف وقد قبلت المجلة القول الثاني (الحموي).

الخلاصة - ان القاضي ينعزل بتبليغه أمر السلطان بعزله تحريراً أو شفاهاً أو بوصول خلفه. كذلك إذا شرط في أمر تعيين القاضي أن لا يمتثل القاضي في الأحكام والقضايا أمر أحد وخالف القاضي هذا الشرط ينعزل.

وتدل هذه المادة على جواز عزل القاضي ولو لم يكن مرتكباً أعمالاً سيئة توجب عزله كالارتشاء والظلم حتى أنه لو نصب قاض على أن لا ينعزل فيجوز عزله وكما يجوز العزل منجزاً يجوز العزل معلقاً بالشرط فلو قال السلطان للقاضي: إنك معزول (حينما يرد أمري اليك بعزلك)

---

(١) إن أوامر ونواهي الله عز وجل يكلف بها الإنسان عند تبلغه تلك الأوامر والنواهي. ان البشر الذي يعيش في حال وحشية في جزيرة منقطعة ولم تصل إليهم الأحكام الإلهية ولم يعلموا بـالأنبياء والرسل المرسلين لم يكونوا مكلفين إلا بتوحيد الباري فقط أما التكاليف الأخرى فهم غير مكلفين بها وقد ورد في الآية الكريمة (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً).

فعلق عزل القاضي على ورود أمره فلا ينعزل القاضي ما لم يصل إليه الأمر السلطاني سواء وصله خبر العزل قبل وصول الأمر أو لم يصله أنظر المادة (٨٢) وشرحها لأن العزل معلق بالشرط فإذا لم يوجد الشرط لا يثبت العزل (الحموي والولوالجية والفتح).

والحاصل أن القاضي ينعزل بالعزل فإذا لم يتعرض لعزله وجاء بعد أيام قاض آخر معين قاضياً لذلك القضاء فالاظهر والأشبه هو أن لا يكون القاضي الأول معزولاً (واقعات المفتين وفتح القدير والحموي).

ويكون القاضي الثاني قاضياً مستقلاً أيضاً.

المادة(١٨٠٥)- (للقاضي إذا كان مأذوناً بنصب وعزل النائب أن ينصب آخر نائباً عنه وأن يعزله وإذا لم يكن مأذوناً فليس له عمل ذلك ولا ينعزل نائبه بعزل أو موت القاضي بناء عليه إذا توفي قاضي قضاء فلنائبه أن يستمع الدعاوى التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها إلى أن يأتي قاض غيره راجع المادة(١٤٦٦).

إذا كان القاضي مأذوناً من قبل السلطان بنصب وعزل النائب فله حق قبل وصوله إلى محل مأموريته، أن ينصب آخر نائباً وله بعد ذلك أن يعزله في أي وقت شاء كما أنه لو كان هذا النائب مأذوناً من طرف القاضي بأن ينصب نائباً عنه وأن يعزله فللنائب أيضاً أن ينصب نائباً وأن يعزله.

وبما أن القضاء يتخصص ويتقيد بالزمان والمكان وببعض خصوصات فكذلك يتقيد ويتخصص قضاء هذا النائب مثلاً لو خصص القاضي المأذون بنصب النائب بقوله له لا تسمع دعوى فلان وفلان ونصبه نائباً عنه فليس لذلك النائب استماع دعوى هؤلاء فإذا استمع وحكم فلا ينفذ.

والاذن بنصب النائب يكون على وجهين:

الوجه الأول ـ يكون صراحة كالقول للقاضي وكل من شئت واعزل من شئت.

الوجه الثاني ـ يكون دلالة كقول السلطان للقاضي قد نصبتك قاضياً للقضاة (الدر المختار) لأن الذات الذي ينصب قاضي قضاة من طرف الخليفة هو مأذون دلالة بالاستخلاف والعزل لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاء تقليداً وعزلاً (العناية).

ويستعمل في زماننا بدلاً من تعبير قاضي القضاة قاضي عسكر الأناضول [1] وقد كان هؤلاء قضاة العسكر إلى زمن قريب ينصبون ويعزلون نواب الشرع استناداً على هذه المسألة الشرعية أما الآن فقد نزعت هذه الصلاحية من قضاة العسكر وأصبح القضاة ينصبون بإرادة سلطانية بعد

(١) أي في زمن تأليف الكتاب أما الآن فقد ألغيت في تركيا جميع المحاكم الشرعية وقامت محلها المحاكم النظامية التي تحكم بموجب قانون سويسرا المدني (المعرب).

انتخابهم من شيخ الإسلام كما أن قاضي مصر هو قاضي القضاة لجميع القطر المصري وهو ينصب في كل محل من محلات القطر نواباً عنه [١].

أما إذا كان القاضي غير مأذون بنصب وعزل النائب فليس له إجراء ذلك حتى لو حصل له عذر شرعي يقضي بتعيين نائب عنه كالمرض والسفر لأنه قد نصب قاضياً فقط ولم يفوض بتعيين قضاة (الهداية).

أما إذا كان القاضي مأذوناً بنصب النائب فقط وغير مأذون بعزله فله أن ينصب نائباً وليس له عزله بل يكون عزله عائداً للسلطان (العناية والخانية). وهو كوكيل وكل بإذن الموكل فإنه لا يملك عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصاء إلى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضا الموكل بذلك دلالة لعجزه (البحر).

والنائب الذي ينصب من قاض غير مأذون بنصب النائب ينفذ حكمه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى ـ إذا نصب قاض غير مأذون بنصب نائب نائباً عنه وحكم ذلك النائب في حضور القاضي كان الحكم جائزاً ونافذاً لأن الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضياً عنه (العناية).

المسألة الثانية ـ إذا نصب القاضي الغير المأذون بنصب نائب نائباً عنه وحكم النائب في غياب القاضي ثم أجاز القاضي ذلك الحكم صح الحكم أنظر مادة (٥٤) كالوكيل بالبيع إذ لم يكن مأذوناً بالتوكيل فوكل غيره وباع الثاني عند غيبته فأجاز الأول بيعه جاز عندنا وكذلك القاضي إذا أجاز الحكم في المجتهدات (الخانية).

المسألة الثالثة ـ إذا فصل أحد دعوى توفيقاً للأصول الشرعية ثم أجاز القاضي الحكم صح لأن المقصود وجود رأي القاضي وهو حاصل في هذه المسألة (البحر) إلا أنه يشترط أن يكون النائب المذكور حائزاً للصفات التي يشترط وجودها في القاضي فلذلك لو كان هذا النائب صبياً أو مجنوناً أو رقيقاً وحكم وأجاز القاضي حكمه فلا يصح (الخانية). لأن الإجازة تلحق الحكم الموقوف ولا تلحق الحكم الباطل والمعدوم قيل الاذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه (أي جاز الإذن والانابة في الإنتهاء دون الابتداء) واجيب بالمنع فإن البقاء أسهل من الابتداء وان الحكم الذي أذن به القاضي في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيداً به (العناية).

وإذا كان القاضي مأذوناً بنصب النائب فنصب نائباً عنه فلا ينعزل النائب بانعزال القاضي أو

---

(١) هذا حينما كانت مصر تابعة للدولة وحيث أن مصر قد استقلت بعد الحرب العامة فالقضاة الشرعيون فيها يعينون بأمر ملكي من مليك مصر بعد انتخابهم من وزير الحقانية (المعرب).

موته لأن النائب في الحقيقة هو منصوب من طرف الخليفة وليس منصوباً من القاضي المتوفي أنظر المادة (١٤٦٦) لأن الوكيل ليس له أن يوكل إلا بإذن وبعد الإذن تكون الولاية منسوبة للموكل حتى أنه ليس للوكيل عزله (الحموي).

أما إذا أصدر السلطان أمراً صريحاً بأنه إذا توفي القاضي أو عزل ينعزل النائب ففي تلك الحال ينعزل النائب بموت القاضي أو عزله (الحموي).

كذلك لا ينعزل النائب لعزل القاضي له ما لم يكن القاضي مأذوناً بعزل النائب أيضاً كما هو مأذون بنصبه كما وضح في الفقرة الآنفة.

بناء عليه لو كان قاضي قضاء مأذوناً بنصب النائب ونصب في حال حياته نائباً عنه ثم توفي القاضي فلنائبه أن يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها إلى أن يأتي غيره وأن يحكم أيضاً بعد وصول القاضي الجديد ولا يحتاج حكم النائب لأن يجيزه القاضي حسب الصورة المذكورة في المسألة الثالثة آنفاً. وقد قال بعض الفقهاء أنه إذا عزل السلطان القاضي ينعزل نائبه أيضاً أما المجلة فقد اختارت في هذه المادة القول بعدم الانعزال (واقعات المفتين ورد المحتار).

المادة(١٨٠٦)ـ (للنائب أن يحكم بالبينة التي استمعها القاضي وللقاضي أيضاً أن يحكم بالبينة التي استمعها نائبه وهو أنه إذا استمع القاضي بينة في حق دعوى واخبر بها النائب فله أن يحكم بإخبار القاضي من دون أن يعيد البينة وإذا استمع النائب المأذون بالحكم بينة في خصوص ما وانهى إلى القاضي فللقاضي أن يحكم من دون أن يعيد البينة وأما إذا لم يكن مأذوناً بالحكم بل كان مأموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للقاضي أن يحكم بانهائها وعليه أن يستمع البينة بالذات).

للنائب أن يحكم بالبينة التي استمعها القاضي وللقاضي أيضاً أن يحكم بالبينة التي استمعها نائبه على رأي بعض الفقهاء وهو أنه إذا استمع قاض بينة في حق دعوى واخبر بها النائب فله أن يحكم بإخبار القاضي بتلك البينة من دون أن يعيدها وكذلك إذا استمع النائب المأذون بالحكم بينة في خصوص ما وانهى إلى القاضي سماعه البينة وأخبره بذلك فللقاضي أن يحكم بتلك البينة من دون أن يعيدها أما عند بعض الفقهاء فيجب في الصورتين أن لا يحكم القاضي أو النائب بل يجب إعادة البينة (واقعات المفتين).

أما إذا لم يكن النائب مأذوناً بالحكم بل كان مأموراً باستماع البيّنة للتدقيق والاستكشاف كأن يدقق دعوى المدعي ووجود شهود لديه موافقين لدعواه فقط فليس للنائب أن يحكم بتلك القضية كما أنه ليس للقاضي أن يحكم بإنهائها المتعلق بالدعوى وسماع البيّنة ويلزمه أن يستمع البيّنة بالذات (الخانية).

مثلاً إذا أمر القاضي آخر أن يستمع الدعوى التي أقامها شخص على آخر ويستمع شهوده وإقراره وتزكية شهوده واستمع المأمور ذلك وأنهى للقاضي بأن المدعى عليه قد أقرّ على هذا الوجه فليس للقاضي أن يحكم بذلك حتى لو كان القاضي مأذوناً بنصب النائب لأن القاضي لم يستمع ذلك وان فائدة التدقيق والاستكشاف الوارد في هذه الفقرة هو تحقيق وتدقيق هل لدى المدعي شهود على دعواه، وهل هو كاذب، وإذا كان لديه شهود، فهل شهادتهم موافقة للدعوى، أو غير موافقة وهل هم عدول، أو غير عدول وما أشبه ذلك.

أما إذا شهد ذلك الشخص المودعة إليه هذه الأمور على إقرار المدعى عليه مع شخص آخر في حضور القاضي فيحكم بموجب تلك الشهادة بعد التعديل والتزكية.

إن المجلة قد خصصت هذه المسألة بالقاضي ونائبه لأنه لا يجري حكم هذه المسألة بين القاضي المعزول والمنصوب وهو أنه: إذا استمع القاضي دعوى وبيّنة وجرى تعديل وتزكية الشهود وعزل القاضي قبل حكمه في القضية فليس للقاضي الذي ينصب بدلاً عنه أن يحكم بتلك البيّنة بل يلزمه أن يستمع الدعوى والبيّنة بالذات، حتى أنه إذا استمع قاض دعوى وبيّنة وعزل عن القضاء قبل الحكم ثم نصب ثانياً قاضياً بتلك البلدة فليس له أن يحكم بالبيّنة التي استمعها سابقاً بل عليه أن يستمع مجدداً لأن الأمر الأول قد انتهى بالعزل (الولوالجية في الفصل الحادي عشر من الشهادات).

المادة (١٨٠٧) ـ (للقاضي في قضاء أن يستمع دعوى الأراضي التي هي في قضاء آخر ولكن يلزم بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعوى).

للقاضي عند بعض الفقهاء في قضاء أن يستمع دعوى الأراضي أو العقار التي هي في قضاء آخر بشرط أن يكون المدعى عليه موجوداً في دائرة قضاء ذلك القاضي حتى ولو كان المدعى عليه دخل في دائرة قضاء ذلك القاضي مسافراً لأنه لو نصب قاض لدمشق فلا يكون معنى ذلك أن القاضي نصب قاضياً على أهل دمشق الأصليين ولم يقل له أنت قاض على أهالي دمشق الأصليين بل يكون منصوباً قاضياً على جميع سكان دمشق الأصليين والطارئين والموجود في دمشق مسافراً ولو كان أولئك المسافرون من أهالي بغداد أو حلب فهي عامة وشاملة.

وليست هذه المسألة خاصة بالأراضي فقط إذ ان الحكم في جميع العقار هو على هذا الوجه فلذلك لو وضعت المجلة عبارة عقار بدلاً من عبارة أراضي لكان أشمل.

أما عند بعض الفقهاء فيشترط في دعوى العقار أن يكون العقار موجوداً ضمن قضاء القاضي أما المجلة فقد اختارت القول الأول، وقد قال صاحب البحر في صدد هذا القول: إحذر من فهم خلافه إذ يكون غلطاً (الحموي ورد المحتار وابن عابدين على البحر وواقعات المفتين).

ولكن يلزم بيان حدود تلك الأراضي وذلك العقار حين الدعوى والشهادة الشرعية على الوجه الذي ذكر في المادة (١٦٢٣) من كتاب الدعوى فعليه إذا استمع القاضي تلك الدعوى وحكم بها يكتب القاضي بتنفيذ حكم الإعلام للقاضي الموجود في قضائه العقار إذ ان القاضي الذي يوجد في دائرته ذلك العقار يأخذ العقار من المحكوم عليه بموجب ذلك الحكم ويسلمه للمحكوم له.

وكذلك لقاضي القضاء أن يفصل دعاوي الدين ودعاوي الأموال المنقولة في حق الأشخاص المقيمين في دائرة قضائه ولو كانوا موجودين مؤقتاً، مثلاً لو أقيمت قضية دين أو منقول أمام قاضي دمشق من شخص من أهالي بغداد على شخص من أهالي بغداد مقيمين في دمشق مؤقتاً وحكم قاضي دمشق في تلك القضية صح حكمه.

كذلك لو ذهب شخص من أهالي دمشق إلى بغداد فأقام أحد أهالي بغداد عليه دعوى دين أمام قاضي بغداد وحكم قاضي بغداد بتلك القضية فليس للمحكوم عليه أن يمتنع عن قبول الحكم بداعي أن قاضي بغداد ليس بقاض على دمشق أما إذا لم يكن المدعى عليه مقيماً في دائرة قضاء قاض ولو على وجه المسافرة فلا يصح حكم القاضي عليه فعلى ذلك لو أقام مدع قضية دين في محكمة حلب على شخص مقيم في حمص فليس لقاضي حلب أن يدعو المدعى عليه للمحاكمة وأن يحضره جبراً أو يفصل الدعوى في غيابه في حضور الوكيل المسخر لعدم إمكان جلبه جبراً أنظر المادة (١٨٠١).

المادة (١٨٠٨) - (يشترط أن لا يكون المحكوم له أحداً من أصول القاضي وفروعه وأن لا يكون زوجته وشريكه في المال الذي سيحكم به وأجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته بناء عليه ليس للقاضي أن يسمع دعوى أحد من هؤلاء ويحكم له).

ليس للقاضي أن يحكم لنفسه أو لمن لا تجوز شهادتهم له فإذا حكم لا ينفذ حكمه لأن في ذلك تهمة (رد المحتار).

فلذلك يشترط أن لا يكون المحكوم له أحداً من أصول القاضي وفروعه وأن لا يكون زوجته أو وكيـله أو وكيل وكيله وشريكه في المال الذي سيحكم به شركة عنان أو شركة مفاوضة أو وكيله في ذلك المال أو وكيل أصوله أو فروعه أو وكيل وكيلهم أو أجيره الخاص أو من يتعيش بنفقته، بناء عليه ليس للقاضي أن يسمع دعوى أحد هؤلاء ويحكم له وقد ذكر في المادة (١٧٠٠) بأنه لا تجوز شهادة هؤلاء للقاضي.

وكذلك لو أوصى أحد بثلث ماله للقاضي ولآخر ثم توفي فليس للقاضي أن يحكم بأي شيء لذلك المتوفي كما أنه لو كان القاضي أحد ورثة ذلك المتوفي فليس له أن يحكم له.

كذلك لو وكل أحد ابن القاضي ليخاصم أحداً فليس للقاضي أن يحكم في القضية التي توكل فيها ولده كما أنه لو نصب ابن القاضي وصياً على يتيم فليس للقاضي أن يحكم لذلك اليتيم.

كذلك لو كان ابن القاضي موصى له فليس للقاضي أن يحكم حكماً في صالح الموصى فقط، كذلك لو كان القاضي وكيل وصي الميت فليس له أن يحكم بشيء لأن هذا الحكم من حيث الظاهر هو حكم القاضي (رد المحتار).

كذلك ليس للقاضي أن يحكم في أصل وقف أو في غلته مشروطة منفعة ذلك الوقف للقاضي مثلاً لو أقام متولي وقف مشروطة غلته لقاضي البلدة دعوى على آخر في حق عقار مدعياً أن ذلك العقار هو من مستغلات الوقف فإذا استمع القاضي تلك الدعوى وسمع البيّنة وحكم بها فلا ينفذ حكم القاضي فإذا كان في تلك البلدة قاض آخر مأذوناً باستماع دعاوى الأوقاف فتجري المحاكمة في حضور ذلك القاضي وإذا لم يوجد قاض اخر تجري المعاملة توفيقاً للمادة الآتية.

وعبارة، ليس للقاضي أن يستمع دعوى هؤلاء هي نفي مرتبط بالحكم ولنفيه وليس مرتبطة بالاستماع ولنفيه.

فلذلك للقاضي أن يستمع دعوى هؤلاء وأن يجري مرافعاتهم فإذا ظهر له أن الحق في يد الاخصام فللقاضي أن يحكم للاخصام ضد هؤلاء إذ ليس في هذا الحكم تهمة كما أنه قد ذكر في شرح المادة (١٧٠٠) بأن شهادة القاضي على هؤلاء جائزة وإذا ظهر للقاضي أن الحق لهؤلاء لا يحكم لهم ويوصى هؤلاء أن يعملوا بموجب المادة الآتية.

مستثنى، للقاضي أن يحكم بالوصاية ولو كان القاضي مديناً للمتوفى، مثلاً لو كان القاضي مديناً لزيد المتوفي بخمسين ديناراً وجاء أحد أعمام ذلك القاضي وادعى في مواجهة الخصم بأنه الوصي المختار على المتوفي زيد وأثبت ذلك فللقاضي أن يحكم بوصايته وإذا أدى القاضي بعد حكمه هذا دينه الخمسين ديناراً لذلك الوصي يبرأ من دينه. أما إذا دفع القاضي دينه لذلك الوصي بمجرد ادعائه الوصاية قبل أن يحكم بوصايته ثم أقام الوصي دعوى لإثبات وصايته فليس للقاضي استماع تلك الدعوى والحكم بها (وبخلاف الوكالة عن غائب فإنه لا يجوز القضاء بها إذا كان القاضي مديناً للغائب سواء أكان قبل الدفع أو بعده) (رد المحتار).

ولكن للقاضي أن يحكم لاقربائه ومحارمه الذين تجوز شهادته لهم كحماته وزوجة أبيه ولو كان حكمه لحماته في حياة زوجته أو حكمه لزوجة أبيه في حياة أبيه.

حكم العدو على عدوه، قد ذكر في التنوير أنه يشترط أن لا تكون عداوة دنيوية بين القاضي والمحكوم عليه وقد خالفه بذلك صاحب الوهبانية وقال بعدم اشتراط ذلك. أما صاحب رد المحتار فقد قال من يقول بجواز شهادة العدو على عدوه يقول بجواز حكم القاضي العدل على عدوه ومن يقول بعدم جواز شهادة العدو على عدوه يقول بعدم جواز حكم القاضي على عدوه ولو كان قاضياً عادلاً، وعلى هذا القياس ولأن المجلة في المادة (١٧٠٢) قد اختارت القول القائل بعدم جواز

شهادة العدو على عدوه على الإطلاق فيجب أن يقال بأنه لا يجوز حكم القاضي على عدوه ولو كان القاضي عدلاً، أما اللائق فهو انه إذا حكم القاضي على عدوه بعلمه لا ينفذ حكمه أما إذا حكم على عدوه في محاكمة علنية وفي مجلس الحكم بحضور الناس بطلب الخصم الشرعي وبشهادة الشهود العدول وبعد تحقق أسباب الحكم الموجبة فحكم القاضي جائز (لسان الحكام).

المادة (١٨٠٩) - (إذا كان لأحد دعوى مع قاضي بلدته أو أحد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فإن كان في تلك البلدة قاض غيره تحاكما إليه وإن لم يكن في تلك البلدة قاض غيره ترافعا في حضور حكم نصباه برضاهما، أو في حضور نائب ذلك القاضي إن كان مأذوناً بنصب النائب، أو في حضور قاضي البلدة المجاورة لبلدتهم فإن لم يرض الطرفان بإحدى هذه الصور استدعيا مولى من قبل السلطان).

إذا كان لأحد دعوى مع قاضي بلدته أو أحد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابعة ففي ذلك خمسة وجوه:

الوجه الأول - ان كان في تلك البلدة قاض غيره تحاكما إليه كقاضي العسكر وقاضي القسام في الآستانة فدعوى قاضي العسكر على أحد ترى في حضور قاضي القسام ودعوى قاضي القسام ترى في حضور قاضي العسكر وللقاضي الآخر أن يجلب المدعى عليه إلى المحكمة جبراً بناء على دعوى المدعي ولا يشترط رضاء الطرفين في هذا حسب الفقرة الأخيرة من هذه المادة.

الوجه الثاني - وإن لم يكن في تلك البلدة قاض غيره ترافعا في حضور حكم نصباه برضاهما إذا رغبا في ذلك ونصب الحكم في هذا الوجه متوقف على رضاء الطرفين ولا يجبر الآخر على المرافعة في حضور الحكم الذي نصبه أحدهما.

الوجه الثالث - أو في حضور نائب ذلك القاضي إن كان مأذوناً بنصب النائب ولا يشترط رضاء الطرفين للمرافعة في حضور هذا النائب فلذلك للنائب إحضار المدعى عليه جبراً إلى المحكمة بناء على دعوى المدعي وإذا كان إحضاره غير ممكن يحكم عليه غيابياً حسب الأصول.

فعلى ذلك لو حكم نائب القاضي للقاضي الذي أنابه أو لأحد منسوبيه الذين ورد ذكرهم في المادة الآنفة فحكمه صحيح ونافذ، لأن النائب الذي ينصب من طرف قاض مأذون بالإنابة يكون منصوباً من طرف السلطان انظر المادة (١٨٠٥) وشرحها (رد المحتار).

الوجه الرابع: أو في حضور قاضي البلدة المجاورة لبلدتهم وهذا يكون برضا الطرفين واتفاقهما فلذلك يجب أن يذهب الطرفان إلى دائرة القاضي برضائهما وعليه فليس للمدعي أن يراجع قاضي قضاء آخر وأن يطلب منه إجبار المدعى عليه إلى الحضور إلى دائرة قضائه كما أنه لا يجوز الحكم عليه غيابياً انظر المادة (١٨٠١).

وللقاضي الآخر الذي يراجعه الطرفان على هذا الوجه أن يستمع دعوى ذينك المتداعيين وليس له أن يقول لهما انني لست قاضي بلدتكم فلا استمع دعواكما كما بين ذلك في شرح المادة ١٨٠٧.

الوجه الخامس: فإن لم يرضَ الطرفان بإحدى هذه الصور استدعيا مولي من قبل السلطان.

لا يشترط رضاء الطرفين في الوجه الأول والثالث الوارد ذكرهما آنفاً، إلا أنه يشترط رضاء الطرفين في الوجه الثاني والرابع كما أشير إلى ذلك في الشرح أما حق استدعاء المولي فهو عائد للمدعي وليس لاستدعاء المدعى عليه أو آبائه حكم.

المولي: هو القاضي ينصب لفصل دعاو معينة بسبب وجود محذور من فصل قاضي ذلك المحل لها أو لوجود مانع كالموانع التي ورد ذكرها في هذه المادة فلذلك لو نصب مولي من طرف السلطان لفصل دعوى فليس للمدعى عليه أن يمنع عن المرافعة في حضور ذلك المولي وللمولي أن يدعو المدعى عليه إلى الحضور إلى المحكمة وأن يجبره على ذلك عند الاقتضاء وأن يعين وكيلاً مسخراً حال غيابه ويجري المحاكمة ويحكم في القضية.

المادة (١٨١٠) - (يجب على القاضي أن يراعي الأقدم فالأقدم ولكن إذا كانت الحال والمصلحة تقضي بتعجيل دعوى وردت مؤخراً يقدم رؤيتها)

يجب على القاضي أن يراعي الأقدم فالأقدم في رؤية الدعوى يعني يرى دعوى من جاء أولاً ودعوى من جاء ثانياً بعد ذلك ويجب عليه مراعاة هذا الترتيب فلذلك يأمر القاضي أحد أمنائه ليعلم بواسطته ترتيب حضور أصحاب المصالح إلى المحكمة وهذا الأمين يحرر من جاء أولاً وثانياً وثالثاً ويدخل حين المحاكمة من جاء أولاً كما أنه يدخل من جاء ثانياً وهلم جراً (الزيلعي والهندية).

كذلك إذا كان في المحكمة دعاوى كثيرة وغير ممكن فصلها في يوم واحد فيفصل دعوى واحدة لكل مدع حسب الترتيب المذكور وليس له أن يفصل دعاوي عديدة لمدع واحد وأن يؤجل دعاوى المدعين الآخرين.

أما إذا كان أرباب القضايا قليلين وكان ممكناً فصل جميع القضايا في يوم واحد فللقاضي أن يرى دعاوى عديدة لمدع واحد.

محل الإنتظار. للقاضي أن يعين لأرباب المصالح الذين ينتظرون فصل دعاويهم محل انتظار للرجال ومحل انتظار آخر للنساء ولا يجمع بينهما في محل واحد حتى أن القاضي لو عين يوماً مخصوصاً لرؤية قضايا النساء يكون أوفق للحال (الهندية).

أما إذا كانت دعوى امرأة على رجل ودعوى رجل على امرأة فيحضر كلاهما أثناء المرافعة انظر المادة (١٧٩٩) وشرحها.

ولكن إذا كان تعجيل دعوى وردت مؤخراً ـ من إيجاب الحال والمصلحة كأن يكون صاحبها غريب الديار أو غيره من الأسباب المشروعة فيقدم رؤيتها على غيرها من الدعاوي. ويعد غريباً من كان بعيداً عن أهله وعياله أي الذي لا يستطيع بعد المرافعة أن يذهب وينام عند أهله وعياله.

المادة (١٨١١) ـ (يجوز استفتاء القاضي من غيره عند الحاجة).

فلذلك إذا اشتبه القاضي في مسألة ولم يفهمها يستشير علماء بلدته شفاها أو يستشير لدى الإيجاب علماء بلدة أخرى مكاتبة فإذا وافق رأي هؤلاء العلماء رأي القاضي فيحكم القاضي بموجب ذلك أما إذا لم يكن للقاضي أي رأي وعلم في المسألة فيجب عليه أن يعمل بقول وفتوى أولئك العلماء وإذا اختلف هؤلاء العلماء فيعمل القاضي بقول الأفقه والأكثر ديانة.

والمفتي عند الأصوليين هو عبارة عن المجتهد وكل من لم يكن مجتهداً فليس بمفت فذلك إذا سئل واستفتى أحد من العلماء عن مسألة شرعية وكان غير مجتهد فيجب على ذلك المفتي أن يجيب على الفتوى بطريق النقل من الكتب الشرعية المتداولة والمنسوبة إلى المجتهدين فلذلك فالمفاتي المعينون رسمياً من طرف الحكومة العثمانية قد اتخذوا أصولاً حين تحريرهم الفتوى أن يحرروا في طرف الفتوى مأخذها والكتاب المنقولة عنه تلك المسألة الشرعية نحو كتب محمد بن الحسن وغيرها من التآليف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور (فتح القدير).

أوصاف المفتي:

أولاً: يجب أن يكون المفتي صالحاً وحسب القول المختار لا يعمل بفتوى المفتي الفاسق ولا تجوز فتواه لأن الفتوى من أمور الدين وقول الفاسق في الدين غير مقبول حيث قد ظهرت خيانة الفاسق للدين (الفتح) وإن عناية الباري عز وجل في تحقيق الواقعات الشرعية تحصل بالطاعة لله تعالى وبالتمسك بحبل التقوى وقد ورد في الكتاب الكريم﴿واتقوا الله ويعلمكم الله﴾.

إن من يعتمد على رأي من اتخذ المعاصي ديدنا له في إخراج دقائق كنوز الفقه يكون قد اعتمد على من لا يعتمد عليه إذ ان من لا يستنير بنور الله لا نور له (رد المحتار).

ثانياً: يجب أن يكون المفتي متيقظاً وواقفاً وعالماً بحيل ودسائس الناس، والأحسن للمفتي أن يجمع المستفتي مع خصمه وبعد البحث معهما يعطى الفتوى لمن يظهر الحق في جانبه وأن يقول في فتواه: إذا كانت المسألة كذا فالحق لك وإذا كانت كذا فالحق للخصم لأنه في هذه الحال يختار المستفتي الصورة النافعة له ولا يعجز عن إثباتها بالزور.

ثالثاً: يجب على المفتي أن يحترز من وكلاء الدعاوي المعاندين للحق لأنه لا يرضى هؤلاء إلا ثبات دعوى موكليهم على أي وجه كان ولهم مهارة في الحيل والتزوير وقلب الكلام وتصوير الباطل في صورة الحق فإذا استحصل على فتوى يصل إلى غرضه الفاسد بالتغلب على خصمه قهراً وعليه فلا يحل للمفتي إعانة ذلك على الضلال فلذلك قيل أن من يجهل أهل زمانه فهو جاهل فأحد هؤلاء

الوكلاء يسأل المفتي عن أمر شرعي إلا أن المفتي المتيقظ يفهم من قرائن الأحوال أن قصده من ذلك الوصول إلى غرضه الفاسد كما شاهدنا كثيراً والحاصل أن غفلة المفتي يحصل منها ضرر عظيم في هذا الزمان (رد المحتار في أوائل القضاء).

رابعاً: يجب أن لا يكون المفتي أصم فإذا كان منصوباً من قبل الحكومة للإفتاء فيجب أن يكون صحيح السمع لأنه لا يمكن لكل سائل أن يحرر سؤاله على ورقة وأن يقدمها للمفتي كما أنه يحضر الطرفان المتخاصمان في حضور المفتي ويصدر كلام من أحدهما يؤيد إبطاله فإذا كان لا يسمع ذلك فيؤدي فتواه على الكلام الذي سمعه فيضيع حق خصمه أما إذا كان المفتي غير منصوب للفتوى فلا ضرورة لأن يكون صحيح السمع لأن فتواه هي عبارة عن بيان الحكم الشرعي وتكفي في ذلك الإشارة فقط ولا شك أنه إذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه.

ومسألة وجوب إفتاء المفتي بأي قول من الأقوال من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء قد وضحت في شرح المادة (١٨٠١) فليرجع إليها.

وفي زماننا (١) يوجد في دار الخلافة العلية. (٢) دائرة للفتيا وهي منقسمة إلى دائرتين فإحداهما غرفة الفتوى ويرأسها الموظف المسمى برئيس المسودين واخراهما تسمى غرفة الإعلامات ويرأسها مميز الإعلامات الشرعية وفي هاتين الغرفتين يشتغل عدد من الذوات من العلماء والفقهاء أصحاب اليد الطولى في العلول الآلية والعالية وأكثرهم من المدرسين للعلوم الشرعية وجميع هؤلاء هم تحت نظارة وإدارة الذات المسماة بأمين الفتوى. ويعتني في الأكثر في انتخاب هذا الحبر أن يكون أميناً فوق العادة وفقيهاً ومتورعاً وفاضلاً.

ولم تشكل دار للفتوى كهذه للإفتاء قبل ظهور الدولة العثمانية فالشرف العظيم بتأسيس هذه الدار يعود إلى هذه الدولة وقد كان قبل تأسيس دار الفتوى أن يستفتي المستفتون من العلماء ويعملوا بالفتاوي التي يستحصلون عليها.

والمسألة التي يستفتى فيها من دار الفتوى يجاب عليها إما شفاهاً أو تحريراً، والجواب التحريري على قسمين:

القسم الأول، تعطى الفتوى على ظهر ورقة السؤال على طريق الشرح؛ وهذا الشرح يختم مميز الإعلامات الشرعية التي هي أحد شعب دار الفتوى التابعة لها.

القسم الثاني؛ تعطى صرة فتوى شريفة وتحتوي على توقيع شيخ الإسلام ويطلق عليها فتوى.

والاستفتاءات التي تحصل من محاكم الأستانة الشرعية وملحقاتها تحصل على الوجه الآتي وهو

---

(١) أي في زمان نشر الكتاب سنة ١٣٣٠ هجرية (المعرب).

(٢) أي الاستانة.

أن يرسل محضر الدعوى صحبة كاتب المحكمة مع الطرفين إلى دار الاستفتاء ويؤخذ الجواب شفاهاً ثم يصدر القاضي حكمه استناداً على تلك الفتوى. وقد استفتيت دار الاستفتاء هذه في بعض الأحوال من قبل دول أوروبا في بعض المسائل الغامضة الحقوقية.

المادة (١٨١٢) - (ينبغي للقاضي أن لا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكر كالغم والغصة والجوع وغلبة النوم).

ينبغي للقاضي أن لا يتصدى للحكم الغير ظاهر الأسباب إذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكير في المحاكمة والحكم كالغم والغصة والغضب والسرور والجوع والعطش وامتلاء المعدة وغلبة النوم أو أن يكون مأخوذاً بأحد الأخبثين وأن لا يكون متأذياً بشدة الحرارة أو بشدة البرودة (فتح القدير والخيانة) لأنه قد روي عن النبي الكريم عليه السلام: (لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان) (البخاري).

فإذا تصدى القاضي للحكم في هذه الأحوال يمكن أن يخطئ في تطبيق الدعوى على المسألة الشرعية والحال أن القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين حسب المادة (١٧٩٩).

كذلك يجب على القاضي أن لا يمكث في المحاكمة مدة طويلة وأن لا يجهد ويتعب نفسه، أما إذا كانت أسباب الحكم ظاهرة وبينة فللقاضي أن يحكم حتى في تلك الحالات كإقرار المدعى عليه بدعوى المدعي.

والغم؛ بفتح الغين وتشديدِ الميم بمعنى الغصة وجمعه غموم ومادة الغم بمعنى الستر والتغطية وإطلاقها عن الحزن لأنه يستر سرور القلب.

والغصة، بضم الغين وتشديد الصاد بمعنى الضيق الذي يحصل للقلب فتكون الغصة في هذه الحال عطف تفسير للغم.

الغضب، بفتحتين وقد فسر ابن كمال الوزير الغضب في سورة الفاتحة على الوجه الآتي: هو تعسير يحصل عند غليان دم القلب لإرادة الانتقام وأول الغضب غليان الدم وغايته إيصال الضرر إلى المغضوب عليه (اهـ).

المادة (١٨١٣) - (يجب على القاضي أن يجري التدقيق في المرافعات مع عدم طرح الدعاوي في زوايا الإهمال).

يعني يجب على القاضي أن يجري التدقيقات في الدعوى المنظورة أمامه مع عدم طرح الدعوى في زوايا الإهمال. انظر المادة (١٨٢٨). يعني يجب عليه أن يستمع الدعوى بكل دقة وانتباه وأن

يجري التدقيقات التي يقتضيها نوع الدعوى إلا أنه يجب عليه أيضاً الإسراع في فصل الدعوى وإجراء التدقيق في الدعوى كما هو مبين في المادة (١٨١٦) باستجواب المدعي وسؤال القاضي عن القيود والشروط التي تقتضيها تلك الدعوى وتفهمها وتحقيق صحتها ثم استجواب المدعى عليه بعد التحقيق من صحتها فإذا كان جواب المدعى عليه إقراراً فبها وإذا كان إنكاراً يستمع البينة وأسباب الثبوت.

يجب على القاضي وهو يجري المحاكمة على هذا الوجه أن لا يهدد أو يخيف الطرفين لأن الخوف يوقع الطرفين في حيرة ويقطع حجتهما (الهندية).

المادة (١٨١٤) - (يضع القاضي في المحكمة دفتراً للسجلات ويقيد ويحرر في ذلك الدفتر الإعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر وإذا عزل سلم السجلات المذكورة إلى خلفه إما بنفسه أو بواسطة أمينه).

يضع القاضي في المحكمة دفتراً للسجلات ويقيد ويحرر في ذلك الدفتر الإعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر لأن القاضي يسلم نسخة عن الإعلامات والسندات لمن حكم له وبما أنه يحتمل أن يزيد أو ينقص ذلك الشخص في ذلك الإعلام أو تلك السندات فلا يؤمن له لذلك ووجب أن تقيد تلك الإعلامات والسندات في الدفتر المحفوظ لدى القاضي حتى يرجع إليه (الزيلعي).

تعريف السجل وتقسيمه:

والمقصود من السجل هنا هو الدفتر الكبير الذي يضبط ويقيد فيه وقائع الناس والحكم الذي يحكمه القاضي والحجة التي يصدرها على أحد.

ومن الموافق تقسيم هذه السجلات إلى أربعة أقسام:

أولها: سجل نصب الوصي.

ثانيها: سجل نصب القيم للأوقاف.

ثالثها: سجل تقدير النفقات

رابعها: سجل الإعلامات الحاوية للحكم، إذ انه إذا قسمت الجهات إلى هذه الأقسام الأربعة يسهل الرجوع إليها لدى الحاجة بخلاف ما إذا خلط الكل فإن في الكشف عنه حينئذ عسراً شديداً (الفتح).

والاعلامات جمع اعلام والاعلام يطلق على الورقة المحتوية على حكم القاضي الشرعي وإمضائه وختمه وهذا الاعلام يحتوي على صورة دعوى المدعي مع الأدلة التي استند عليها وصورة جواب المدعى عليه، وإذا كان حاوياً دفعاً، أسباب ثبوت الدفع، وأن يشتمل في ختامه على ذكر

الأسباب الموجبة للحكم كما هو مبيّن في المادة (١٨٢٧) مع بيان كيفية الحكم، وسيذكر في شرح المادة (١٨٢٧) بعض أصول في حق تنظيم الإعلامات.

السندات، جمع سند ومعنى السند المعتمد والملجأ وإطلاق السند على البرهان هو بهذا المعنى إذ ان المدعي يستند عليه والمعتمد أعم من الحس والمعنى والمقصود من السند هنا الحجة.

الحجة، وتطلق الحجة في زماننا على الورقة التي لا تحتوي حكماً بل تحتوي على إقرار أحد الطرفين وتصديق الآخر وختم وإمضاء القاضي الذي نظمها في رأس الحجة خلافاً للأعلام الذي يوقع القاضي ختمه وإمضاءه في أسفله وإطلاق سند على تلك هو مبني على أن صاحبها يستند عليها لدى الحاجة ويتخذها دليلاً لإثبات مدعاه.

للحجج أنواع عديدة وبعضها هو ما يأتي:

حجج الاستدانة والبيع القطعي وبيع الاستغلال والفراغ القطعي والفراغ بالوفاء وفك الوفاء والإقالة والإجارة والكفالة وحوالة الدين، والهبة والتسليم وتحميل الشهادة والوكالة ونفي الملك والمصالحة وإثبات الرشد والإبراء وعقد المزارعة وعقد المساقاة وعقد المضاربة ونصب الوصي وغيرها.

قد ألفت كتب للصكوك تحتوي على صورة تنظيم وتحرير الاعلامات والسندات الشرعية وبذلك قد ربطت كيفية تنظيم الاعلامات والسندات الشرعية إلى قاعدة سالمة إلّا أن كتابة النموذج عن ذلك في كتابنا هذا خارج عن الموضوع، والحاصل أن سجلات المحاكم المحفوظة على هذا الوجه والبريئة من التزوير والتصنيع معمول بها عند المحاكم لدى الاقتضاء كما هو مذكور في المادة (١٧٣٨).

وقد نشر في ٤ جمادى الأولى سنة ١٢٩٦ تعليمات سنية تتضمن صورة تنظيم الاعلامات والسندات التي يعمل بمضمونها بلا بيّنة فالإعلامات والسندات التي تنظم توفيقاً لتلك التعليمات يعمل بمضمونها بلا بيّنة.

أما الاعلامات والسندات التي نظمت قبل صدور تلك التعليمات فقد قررت هيئة المجلة الملغاة طلب شهود لإثباتها وسننقل آتياً عين القرار المذكور.

والبيّنة هي عبارة عن الشهادة الشرعية وهذه إما أن تكون على أصل الحق أو على حكم القاضي بعد المحاكمة الشرعية بأن حكم القاضي بكذا فالشهادة على الصورة الثانية تكون شهادة على مضمون الاعلام (رد المحتار).

بما أن المقصود من الاعلام والسند هو أن يستند عليه صاحب الحق وأن يؤمن حقه فلا يحتاج لمحاكمة ثانية أو إثبات أصل حقه ثانية وأن لا يتكلف لإثبات مضمون الاعلام الذي استحصل عليه وأخذ اعلام ثان فإذا لم يعمل بمضمون الاعلامات والسندات بلا بيّنة فيكون الاستحصال على

الاعلام والسندات غير واف بالمقصود كما أن وفاة الشهود أو الذين يشهدون على مضمونه أو غيبتهم أو عروض أحوال أخرى توجب في بعض الأحوال أن يصبح الاعلام والسند بلا حكم بالمرة.

وفي هذا الحال إذ كان لدى المقرض شاهدان على اقراضه وتسليمه القرض فلا يحتاج لأخذ حجة كما أنه لو أخذ حجة وليس لديه شاهدان يشهدان على مضمونها فلا يستفيد شيئاً من تلك الحجة فلذلك قد أصبح من الضروري أن يعمل بمضمون الاعلامات والسندات بلا بيّنة، وعلى هذه الصورة فالحكم جائز بالسجلات التي وجدت على هذه الصورة سالمة من الحيلة والفساد إلاّ أنه لا يجوز أن يعمل بقول القاضي المعزول المجرد لأن القاضي يصبح بانعزاله ملحقاً بأفراد الأهالي وشهادة الفرد غير مقبولة ولا سيما أنها شهادة على فعله أنظر مادتي (١٥٨٥ و١٧٠٤)(الزيلعي بزيادة).

ويفهم من بيان الزيلعي ان هذا القاضي حتى لو شهد بعد عزله مع آخر فترد شهادته أيضاً ومع أن قارئ الهداية قد أفتى بقبول شهادة القاضي على حكمه بعد عزله مع شهادة آخر وقد تبعه في ذلك ابن نجيم الاّ أن المجلة في المادة (١٧٠٣) قد قبلت قول الزيلعي (رد المحتار بزيادة).

وإذا عزل القاضي سلم السجلات المذكورة إلى خلفه القاضي أما بنفسه أو بواسطة أمينه وإذا لم يسلمها يطلب القاضي اللاحق تلك السجلات من سلفه ويكفي أن يكون هذا الأمين واحداً وبتعبير آخر يأخذ تلك السجلات من سلفه بأمين عادل، إلاّ أن الأحوط أن يأخذها بأمينين.

ويجب تسليم تلك السجلات من السلف إلى الخلف سواء أكانت السجلات المذكورة مشتراة من مال بيت المال أو من مال القاضي أو مال أصحاب المصالح ففي الأحوال الثلاثة يجب تسليمها للخلف فإذا كانت مشتراة بمال بيت المال فسبب وجوب التسليم أن وجود السجلات المذكورة في يد القاضي المعزول كان لكونه قاضياً وليس بصفته الشخصية ولكون صفة القضاء قد انتقلت لغيره وإذا كانت السجلات المذكورة مشتراة من مال القاضي أو من أموال الخصوم فسبب وجوب التسليم هو أن القاضي لم يشترها تمولاً بل اشتراها تديناً كما أن وضع الخصوم تلك السجلات تحت يده هو بسبب صفته القضائية (الزيلعي).

الفصل الرابع

ويتعلق بصورة المحاكمة

المادة (١٨١٥) - (يجري القاضي المحاكمة علناً ولكن لا يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم).

يجري القاضي المحاكمة بين الخصمين علناً أي أنه لا يمنع الأشخاص الـذين يحضرون المحاكمة لسماعها من الحضور ويثبت لزوم إجراء المحاكمة علناً بدليلين:

أولاً ـ قد ذكر في شرح المادة (١٧٩٥) بأنه يقتضي إثبات حكم القاضي لدى الإيجاب فلذلك يقتضي حضور أشخاص أثناء المحاكمة ليكون شهود منهم عند اللزوم.

ثانياً ـ قد بيّن في شرح المادة المذكورة بأن وجود القاضي في مجلس الحكم منفرداً موجب للتهمة.

ولكن لا يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم لأنه إذا تمت المحاكمة ووجد سبب وشروط الحكم فالقاضي مجبور بإصدار الحكم فوراً حسب ما جاء في المادة (١٨٢٨) أما إذا لم يكمل القاضي المحاكمة فيكون الشكل الذي يختم به المحاكمة غير معلوم كما أنه لا يعلم الحق في جانب أي منهما فإفشاء القاضي الحكم قبل إتمام المحاكمة هو تهمة في حق القاضي.

ومع أن المحاكمة تجري علناً إلّا أن المشاورة والمذاكرة في القضية تجري خفية فعليه إذا كانت الدعوى التي تجري فيها المحاكمة محتاجة للمشاورة ويحتاج القاضي إلى أن يتذاكر فيها مع أهل العلم فيذاكرهم خفية ولا يذاكرهم علناً لأن المذاكرة العلنية تزيل مهابة المجلس وتوجب اتهام الناس القاضي بالجهل وتجري المذاكرة في ذلك اما في غرفة أخرى أو بإخراج الناس من غرفة المحاكمة.

المادة (١٨١٦) ـ (إذا أتى الطرفان إلى حضور القاضي لأجل المحاكمة يكلف المدعي أولاً بتقرير دعواه وإن كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور تقرأ فيصدق مضمونها من المدعي. ثانياً يستجوب القاضي المدعى عليه وهو أن يسأله بقوله: إن المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فماذا تقول).

إذا أتى الطرفان إلى حضور القاضي لأجل المحاكمة يسألها القاضي بقوله أيكما المدعي، عند أبي يوسف، فيكلف المدعي أولاً بتقرير دعواه توفيقاً للأصول المبيّنة في كتاب الدعوى ويحرره على الورق (الخانية).

إذا دخل الطرفان للمحاكمة في مجلس القاضي فليس لهما طرح التحية عليه فإذا حيياه فلا يلزم القاضي رد التحية عليهما ومع ذلك إذا أراد القاضي رد السلام يقابل قولهما السلام عليكم بقوله: وعليكم ويكتفي بذلك أما الشهود فلهم أن يحيوا القاضي وأن يرد القاضي تحيتهم (الخانية).

والمدعي اما أن يحضر إلى المحكمة بالذات ويقيم دعواه؛ واما أن يحضر أحداً فيوكله ويسجل وكالته؛ واما أن يحضر الوكيل حاملاً حجة توكيل صادرة من القاضي ومصدقة من دائرة الفتوى ويدعي بالوكالة. أما إذا أحضر أحد للمحكمة آخر وادعى قائلاً: إن هذا وكيل عن فلان الغائب وأن لي في ذمة الغائب كذا درهماً وأقر المذكور بالوكالة فلا يصح إقراره حتى أنه لو أراد المدعي بعد هذا الاقرار أن يقيم البينة ويثبت مطلوبه من الغائب في مواجهة هذا الوكيل فلا تقبل «الخانية بزيادة».

ويلزم المدعي حسب هذه الفقرة أن يقرر دعواه وأن يوضحها وليس للقاضي أن يعاون المدعي في تصحيح دعواه كما أنه إذا طلب المدعي من المدعى المحاسبة ليتمكن من بيان المدعى به واظهاره وامتنع المدعى عليه فلا يجبر المدعى عليه على المحاسبة لأن معاونة القاضي للمدعي في تصحيح دعواه فيه تهمة للقاضي وانكسار لقلب الطرف الآخر إلا أنه إذا أمر القاضي أحداً من أهل العلم أن يعلم المدعي الذي لا يعلم الدعوى والخصومة ـ الخصومة وعلمه فهو جائز عند أبي يوسف لأن القاضي منصوب للنظر في أمور العباد والنظر في هذا الأمر هو احياء للحقوق حتى أنه لو شهد ذلك الشخص الذي علم المدعي الخصومة تقبل شهادته «واقعات المفتين».

كذلك ليس للقاضي أن يعين الشهود الذين اقامهم الطرفان في اداء شهادتهم لأن في ذلك إعانة لأحد الخصمين ويوهم ميل القاضي لأحدهما فيوجب كسر قلب الخصم الآخر إلا أن ابا يوسف يستحسن إعانة الشهود في غير موضع التهمة وقد مرت تفصيلات ذلك في شرح المادة «١٦٨٩». أما في موضع التهمة فليس للقاضي اعانة الشهود.

مثلاً لو ادعى المدعي ألف درهم وشهد الشهود بألف وخمسمائة درهم فإن ذلك موجب لرد الشهادة بحكم المادة «١٧٠٨» فإذا لقن القاضي الشهود قائلاً: يحتمل أن المدعي قد ابرأ المدعى عليه من خمسمائة درهم ففهم الشهود مغزاه وشهدوا بأن المدعي ابرأه من خمسمائة درهم وبقي في ذمته ألف درهم حالاً فلا يجوز هذا التلقين والتوفيق «الشبلي».

وإن كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور تقرأ فيصدق مضمونها من المدعي [1] ومن الأصول وضع امضاء أو ختم المدعي على محضر الدعوى للتصديق وإذا اكمل المدعي بعض النقصان الوارد في ضبط دعواه فيجب إضافة ذلك إلى الضبط ثم ينظر القاضي بعد ذلك في دعوى المدعي وفي ذلك احتمالات ثلاثة:

الاحتمال الأول: أن تكون دعوى المدعي فاسدة وغير قابلة للتصحيح وفي هذه الحالة لا يحتاج لأخذ جواب المدعى عليه على الدعوى لأن سبب الجواب مفقود (الطحطاوي) وفي هذه الصورة يقول القاضي للمدعي إن دعواك فاسدة فلا تسمع ويخرجه من المجلس. مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: قد سلمت هذا الرجل المال الفلاني في المحل الفلاني وديعة وقد تلف في يده بلا تعد ولا تقصير فاطلب الحكم عليه بالبدل. فبما أن هذه الدعوى غير صحيحة حسب المادة(٧٧٧) كما أنها غير قابلة للتصحيح فلا حاجة لاستجواب المدعى عليه ويرد القاضي دعوى المدعي.

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المدعى عليه قد وهبني كذا مالاً إلا أنه لم يسلمني إياه فاطلب إجباره على التسليم. فبما أن دعواه هذه حسب حكم (المادة ٨٣٧) غير صحيحة كما أنها غير قابلة للتصحيح فيرد القاضي الدعوى بدون استجواب المدعى عليه.

(١) إن هذه الأصول هي المرعية الآن في المحاكم الشرعية فيضبط كاتب المحكمة قبل المحاكمة دعوى المدعي وجواب المدعى عليه عليها

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: إن هذا الرجل قد أعار ماله إلى فلان وبما أنني قريب له فليعرني إياه. فبما أن هذه الدعوى حسب المادة (١٦٣٠) فاسدة وغير قابلة للتصحيح فيردها القاضي بدون استجواب المدعى عليه.

الاحتمال الثاني: أن تكون دعوى المدعي موافقة للأحكام الشرعية وصحيحة وفي هذه الصورة يستجوب القاضي ثانياً المدعى عليه وهو أن يسأله بقوله: إن المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فما تقول (مجمع الأنهر).

وبتعبير آخر ليس للقاضي سؤال المدعي عن أسباب ثبوت دعواه قبل استجواب المدعى عليه لأنه إذ أقر المدعى عليه بدعوى المدعي يكون الإقرار سبباً للحكم وإذا أنكر تكون الشهادة سبباً للحكم ويوجد فرق في الحكم بهذين السببين (الدرر).

الاحتمال الثالث: أن تكون دعوى المدعي غير صحيحة يعني فاسدة إلا أنها قابلة للتصحيح كان يكون المدعى به مجهولاً وفي هذه الصورة يقول القاضي: صحح دعواك. إذن يستجوب القاضي في هذه الحال ثانياً المدعى عليه بعد أن يصحح المدعي دعواه أولاً ولا يستجوب المدعى عليه قبل تصحيح المدعي لدعواه لأن المدعي لا يستحق جواب المدعى عليه إلا بعد تصحيح الدعوى (الزيلعي).

مثلاً: لو ادعى المدعي قائلاً: قد أقرضت هذا المدعى عليه بضعة دنانير لا أعرف مقدارها فليؤدها لي فبما أن هذه الدعوى بحكم المادة(١٧١٩) غير صحيحة إلا أنها قابلة للتصحيح فيقول القاضي للمدعي: كم ديناراً أقرضت ثم عد وبين ذلك وصحح دعواك).

صورة ضبط الدعوى: يضبط ويحرر القاضي أو يستكتب كاتبه خلاصة دعوى المدعي وافادته وإجابة المدعى عليه بصورة لا تغير ماهية افادتها وليس له أن يكتب خلاصة تغير أو تحرف إفادات الطرفين بصورة تغير الأحكام لأنه في هذا الحال إذا بدلت أقوال الطرفين في خصوص الدعوى والانكار والمدافعة وأفرغت بشكل آخر تتبدل النتائج والأحكام وينتجّ عن ذلك ضرر الطرفين.

مثلاً لو ادعى المودع على المستودع قائلاً: (قد أودعتك كذا وديعة في المحل الفلاني وسلمتها لك فاطلب منك أن تعيدها لي) فأجاب المدعى عليه منكراً دعواه قائلاً: إنك لم تودعني أي شيء مطلقاً فإذا حرر هذا الانكار بالضبط بأن المستودع قد أنكر الوديعة يكون ذلك باعثاً لضرر المدعي لأنه إذا أثبت المدعي الايداع والتسليم بعد انكار المستودع الوديعة بقوله لم تسلمني شيئاً مطلقاً ثم ادعى بعد ذلك المستودع رد الوديعة فلا تقبل دعواه للتناقض فلذلك إذا لم يضبط انكار المدعى عليه بذكر اللفظ الذي قاله واكتفى بأن حرر في الضبط بأن المستودع قد انكر الوديعة ونسيت صورة انكاره فللمستودع أن يثبت الرد إذ أن إثبات الرد مقبول حسب محضر الدعوى وينتج عن ذلك ضرر المودع.

كذلك لو أجاب المستودع على دعوى المودع بقوله: ليس لك عندي وديعة وحرر في الضبط بأنك لم تودعني شيئاً مطلقاً يتضرر المدعى عليه أيضاً حيث لا يمكنه دفع الدعوى بإثبات إعادة الوديعة .

المادة(١٨١٧)- (إذا أقر المدعى عليه الزمه القاضي بإقراره وإذا أنكر طلب البينة من المدعي).

إذا أقر المدعى عليه بدعوى المدعي الزمه القاضي باقراره أي الزم المدعى عليه بإقراره أنظر المادة (١٥٨٧) لأنه في هذا الحال تكون قد حصلت حجة ملزمة للحكم.

قد ذكرت المجلة في هذه المادة عبارة الزمه القاضي بـاقراره أما في المادة الآتية فقد ذكرت عبارة حكم القاضي لأن استعمال لفظ الحكم في الدعاوي الثابتة بالإقرار هو استعمال مجازي لأن المقر به يلزم المقر بمجرد الإقرار وهذا اللزوم لا يتوقف على حكم القاضي. والقضاء بهذه الصورة عبارة عن الزام للخروج من مقتضى الإقرار. أما البينة فليست حجة بنفسها كالإقرار وحجيتها تحصل بحكم القاضي لأن الشهادة خبر فهو محتمل للصدق والكذب وبحكم القاضي يسقط احتمال الكذب ويكون دليلاً للدعوى.

وبما أن الإقرار حجة في نفسه والبينة لم تكن حجة في نفسها فإذا أثبت وقوع الإقرار في غير مجلس القاضي يكون الإقرار المذكور موجباً للالزام بعكس الشهادة إذ لو ثبت وقوع الشهادة في غير حضور القاضي فلا يكون وقوعها موجباً للالزام «البحر» وليس للمدعى عليه إذا أقر بدعوى المدعي وحكم القاضي بموجب إقراره وادعى بعد ذلك بأنه كان كاذباً في إقراره أن يطلب تحليف المدعي على الوجه المبين في المادة (١٥٨٩) أما إذا أقر المدعى عليه بدعوى المدعي في حضور القاضي ورجع قبل حكم القاضي بالزامه باقراره وادعى بأنه كان كاذباً في إقراره وطلب تحليف المدعي على عدم كذبه في إقراره فيحلف المدعي على عدم كذبه في اقراره فيحلف المدعي حيث أن وقوع الإقرار في مجلس القاضي لا يرفع احتمال الكذب فيه ويحتمل الكذب في الإقرار الواقع في حضور القاضي كما يحتمل ذلك في الإقرار الواقع في غياب القاضي «الخيرية» إلا أنه كما ذكر في الخيرية إذا حكم على المدعى عليه بموجب إقراره المذكور فلا يجري التحليف بعد ذلك.

وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي أو سكت أو قال لا أقر ولا أنكر فبما أن ذلك يعد إنكاراً يطلب القاضي من المدعي البينة على دعواه إذ قد روي عن النبي عليه السلام أنه خاطب مدعياً بقوله «ألديك بينة. فأجاب المدعي بلا: فقال النبي الكريم لك تحليف المدعى عليه» وبتعبير آخر بترتيبه اليمين على عدم البينة دل على لزوم طلب البينة أولاً لتمكين المدعي من الاستحلاف «الدرر في الدعوى».

فلذلك لو قال المدعي إن بينتي في داخل المدينة أو في مجلس المحكمة إلا أنني أطلب تحليف المدعى عليه ثم أقيم الشهود بعد ذلك فاذا كانت بينته حاضرة في مجلس الحكم لا يلتفت إلى قوله

بالإتفاق ولا يحلف المدعى عليه وإذا كانت بينته حاضرة في المدينة فلا يحلف المدعى عليه على رأي الإمام الأعظم لأن مشروعية اليمين مترتبة أولاً على عدم البينة «ثانياً» ان اليمين خلف عن البينة فلا يصار إلى الحلف الذي هو اليمين مع وجود الأصل الذي هو البينة ما لم يحصل العجز (الولوالجية) أما إذا كان الشهود في محل سفر بعيد أو كانوا مرضى فللمدعي أن يكلف المدعى عليه اليمين بالإجماع «الشرنبلالي ومجمع الأنهر وواقعات المفتين».

والبينة اما أن تقام على أصل الحق وقد بين هذا في كتاب البينات أو تقام لإثبات حكم القاضي وتتوضح هذه في شرح المادة (١٨٢١) «البهجة».

ويستفاد من عبارة. وإذا أنكر. حكمان:

الحكم الأول: يجوز للمدعى عليه إنكار الدعوى فإذا لم يكن للمدعي عند المدعى عليه حق وكان مبطلاً في دعواه فللمدعى عليه إنكار الدعوى أما إذا كان للمدعي حق عند المدعى عليه أو كان المدعى عليه واقفاً وعالماً بحق المدعي فلا يجوز له الإنكار.

إلا أنه في المسألتين الآتيي الذكر للمدعى عليه أن ينكر دعوى المدعي ولو كان واقفاً على حق المدعي الذي في ذمته.

المسألة الأولى ـ دعوى العين ـ إذا ادعى المشتري قائلاً إن المال الذي اشتريته منك فيه كذا فللبائع ولو كان واقفاً على العيب القديم أن ينكر وجوده حتى يثبت المشتري العيب القديم ويرده إليه ليتمكن بدوره أن يرده للبائع.

المسألة الثانية ـ لوصي المتوفي أن ينكر دين المتوفي ولو كان عالماً بذلك (الشرنبلالي).

الحكم الثاني: لا تقام البينة على المقر بل يجب إقامتها على المنكر وقد بين في شرح المادة (١٧٧٦) أنه إذا ثبتت الدعوى بالبينة وبالإقرار معاً يحكم فيها بالإقرار.

مثلاً؛ إذا ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه. إن لي في ذمتك عشرة دنانير وأجابه المدعى عليه؛ نعم ان لك في ذمتي هذا المبلغ فلا يقبل من المدعي بعد هذا الإقرار إثبات دعواه بالبينة إلا أنه يجوز في المواضع التي يتوقع فيها ضرر غير المقر إذا لم تقم البينة إقامة البينة كالإستحقاق وفي المسائل الآتية (عبد الحليم في الدعوى والأشباه).

المسألة الأولى ـ إذا ادعى أحد ديناً من التركة في مواجهة أحد الورثة وأقر ذلك الوارث فللمدعي لتعدية الحكم أي لجعله سارياً على باقي الورثة أن يثبت دعواه بالشهود انظر مادة (١٦٤٢) (الحموي).

المسألة الثانية ـ للمدعي إثبات الوصاية بالشهود ولو أقر المدعى عليه بها.

مثلاً؛ إذا ادعى المدعي قائلاً: إنني وصي عن فلان المتوفي وإن للمتوفي المذكور في ذمة

المدعى عليه كذا درهماً فليردها إلي فللمدعي أن يثبت وصايته بالبينة ولو أقر المدعى عليه بالوصاية لأنه إذا دفع إليه المال اعتماداً على الإقرار فقط لا تبرأ ذمته من الدين إذا أنكر الوارث الوصاية.

أما لو دفع بعد البرهان فتبرأ ذمته.

المسألة الثالثة ـ للوكيل بقبض الوديعة أن يثبت وكالته بالبينة ولو أقر المستودع بها، مثلاً لو أقر المستودع بوكالة الوكيل بقبض الوديعة فللوكيل إثبات وكالته (الواقعات). كذلك للوكيل بقبض الدين أن يثبت وكالته ولو أقر المدين بوكالته؛ إذ لو دفع الدين للوكيل بلا بينة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة.

المسألة الرابعة ـ إذا أقر المرجوع إليه عند الإستحقاق بالإستحقاق وأقام الراجع البينة على الإستحقاق تقبل، وللمرجوع إليه الرجوع على بائعه إذ أن الحكم وقع ببينة لا بالإقرار لأنه محتاج إلى إثبات الإستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه (البحر).

المسألة الخامسة ـ إذا أقر الأب والوصي بالدعوى المقامة على الصغير فالمدعي مجبور بإقامة البينة «الحموي»[1].

المسألة السادسة ـ إذا ادعى العقار الذي في يد المدعى عليه قائلاً أنه ملكي فيجب على المدعى عليه أن يثبت وضاعة يده على العقار المذكور ولو أقر المدعي بوضاعة يد المدعى عليه انظر المادة (١٧٥٤) «الحموي».

المسألة السابعة ـ إذا آجر أحد ماله لآخر ثم بعد تأجيره آجره لشخص آخر فادعى المستأجر الأول على المستأجر الثاني في حضور المؤجر وأقر المؤجر بأنه أجر العقار أولاً للمستأجر الأول وأنكر المستأجر الثاني فللمستأجر الأول أن يقيم البينة على مدعاه (الأشباه).

المسألة الثامنة ـ إذا أقر أحد الورثة للموصى له فللموصى له أن يثبت مدعاه في مواجهة هذا المقر (الأشباه).

المسألة التاسعة ـ إذا أقر الوكيل بالبيع بقبض الثمن من المشتري وأراد المشتري إقامة البينة لإثبات تأدية الثمن المذكور للوكيل تقبل (الواقعات).

المسألة العاشرة ـ للمدعي أن يثبت دينه على المحجور المدين أو السفيه ولو أقر بالدين انظر المادة (١٥٧٦).

أوصاف الشهود وأشكالهم. للقاضي أن يذكر في محضر الدعوى أسماء الشهود الذين أقامهم المدعي وأسماء الخصوم ونسبهم وأشكالهم وأوصافهم ومحل إقامتهم وإنما يجب أن يجتنب ذكر الأوصاف الموجبة للخجل أو العار كأن يصفهم بالأعور أو الأحول أو الأحدب.

(١) لو خوصم الأب في الصبي فأقر لا يخرج عن الخصومة ولكن البينة عليه مع اقراره بخلاف الوصي وأمين القاضي إذا أقر خرج عن الخصومة. (الاشباه).

يضبط القاضي أقوال الشهود ويقابلها بالدعوى فإذا وجدها موافقة يقبلها وإلا فيردها انظر المادة «١٧٠٦». فهؤلاء الشهود اما أن يسمعهم بالذات القاضي الذي استمع الدعوى وسيحكم بها، وقد بين تفصيل ذلك في ذلك في كتاب البينات والتحليف، واما أن يحكم بالدعوى والبينة التي استمعها قاض غيره. ويطلق على هذه الصورة الثانية الكتاب الحكمي، وسيفصل الكتاب الحكم في اللائحة الآتية الذكر.

ملحق

في حق كتاب القاضي إلى القاضي

وتحتوي على مقدمة وستة مباحث وخاتمة

المقدمة

في إيضاح كتاب القاضي، إلى القاضي. وبيان بعض الاصطلاحات الفقهية.

المسألة الأولى: كتاب القاضي الى القاضي وبتعبير آخر الكتاب الحكمي هو الكتاب الذي يرسله قاضي بلدة إلى قاضي بلدة أخرى يتضمن ادعاء أحد على آخر غائباً وليس له وكيل حاضر في بلدة ذلك القاضي واستماع القاضي للدعوى والبينة وإجراء التزكية، ويطلق على القاضي المرسل الكتاب. القاضي الكاتب؛ وعلى القاضي المرسل إليه. القاضي المكتوب إليه.

قيل وليس له وكيل لأنه لو كان للغائب وكيل بالخصومة فالدعوى تقام في مواجهته وتسمع البينة والقاضي يصدر الحكم «الهندية».

إن هذا الكتاب لا يتضمن في الحقيقة حكماً أو قضاء بل هو عبارة عن نقل الشهادة فتسميته بالكتاب الحكمي هو باعتبار ما يؤول إليه (رد المحتار والزيلعي).

قيل لأن هذا الكتاب هو في الحقيقة عبارة عن نقل الشهادة: لأن الكتاب الحكمي ينقل شهادة الأصول كنقل شهود الفروع بشهادتهم شهادة شهود الأصول (الشبلي) فلذلك لا حاجة لإحضار الخصم في ذلك (الولوالجية).

سؤال ـ ما دام أن القاضي الكاتب يستمع دعوى المدعي وبينته فكان يجب عليه أن يحكم في الدعوى وفي هذا الحال لا يحتاج إلى الكتاب الحكمي؟

الجواب ـ لا يجوز الحكم على الغائب إذ قد بين في المادة (١٨٣٠) بأنه يشترط حين الحكم حضور الطرفين (رد المحتار).

وعدم جواز الحكم على الغائب هو على رأي الأئمة الحنفية أما عند الأئمة الثلاثة الآخرين فلا يشترط حضور الخصم حين الدعوى والحكم على الغائب جائز فلذلك إذا استمع القاضي الذي يرى جواز الحكم على الغائب الدعوى في غياب المدعي وحكم بها وعرض هذا الحكم على قاض آخر بعدم جواز الحكم على الغائب فيجب على القاضي الثاني أن يقبل هذا الحكم وينفذه انظر مادة (١٨٣٢). (الزيلعي والفتح).

المسألة الثانية: إن شهود الأصل هم الذين يشهدون على أصل دعوى المدعي في غياب المدعى عليه أو غياب نائبه بحضور القاضي الكاتب كما أن شهود الطريق هم الذين يشهدون على الكتاب الحكمي في حضور القاضي المكتوب إليه على أن الكتاب هو كتاب القاضي الفلاني.

المسألة الثالثة: القياس هو عدم قبول كتاب القاضي إلى القاضي لأن القاضي الكاتب لو ذهب بالذات إلى مجلس القاضي المكتوب إليه وذكر له الأمور التي تدرج في كتاب القاضي فلا يعمل القاضي المكتوب إليه بقوله لأن القاضي هو من آحاد الناس في بلدة القاضي المكتوب إليه وعلى ذلك يكون عدم عمل القاضي بذلك الكتاب بطريق الأولى لأنه يجوز تزوير الكتاب كما أن الخط والخاتم يتشابهان ووجه الاستحسان هو تجويز الإمام علي كرم الله وجهه ذلك.

إذ أن شاهد صاحب الحق يكون حيناً في بلدة ويكون الخصم في بلدة أخرى فيكون الجمع بينهما متعذراً فيصبح صاحب الحق محتاجاً للكتاب الحكمي وبشهادة شهود الطريق تنتفي شبهة التزوير وقد ورد في المادة (٣٢) من المجلة أن الحاجة إذا كانت عمومية تنزل منزلة الضرورة (فتح القدير والزيلعي).

سؤال ـ لصاحب الحق أن يثبت حقه بطريق الشهادة على الشهادة أمام قاضي البلدة التي يقيم فيها صاحب الحق فعلى ذلك إذا حمل شهود الأصل شهود الطريق الشهادة فيشهد شهود الطريق في حضور قاضي البلدة التي يقيم بها المدعى عليه بطريق الشهادة على الشهادة فينال صاحب الحق حقه بدون حاجة إلى كتاب القاضي المخالف للقياس؟

الجواب ـ إن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة بطريق الشهادة على الشهادة كما أنه يحتاج في الشهادة على الشهادة إلى تعديل شهود الأصل وهو منذر لا سيما في بلاد الغربة أما في كتاب القاضي فيجري تعديل شهود الأصل من طرف القاضي الكاتب فلذلك يحتاج إلى الكتاب الحكمي (الزيلعي والدر وفتح القدير).

سؤال ـ بما أنه قد جوز في المادة (١٨٣٤) من المجلة الحكم الغيابي فلم يبق ثمة حاجة إلى كتاب القاضي للقاضي.

الجواب ـ إن جواز الحكم الغيابي مشروط بأن يكون المدعى عليه الغائب مقيماً في دائرة القاضي الذي سيصدر الحكم ويتعذر إحضار الخصم كما هو مبين في شرح (١٨٣٢).

المبحث الأول

في بيان شروط الكتاب الحكمي

المسألة الرابعة: في الكتاب الحكمي:

أولاً ـ يشترط في الكتاب الحكمي عند الإمام الأعظم أن يكون بين القاضي المكتوب إليه مسافة سفر أي مسافة ثماني عشرة ساعة؛ والحكم في الشهادة على الشهادة أيضاً على هذا الوجه (التنوير) وعليه فإرسال قاضيين لم تكن بينهما تلك المسافة كتاباً حكمياً غير جائز ولا يعمل به.

أما عند الإمام محمد فيجوز للقضاة أن يرسلوا لبعضهم كتاباً حكمياً ولو كانوا في مدينة واحدة مثلاً لو كان شخص قاضياً على قسم من بلدة وآخر قاضياً على القسم الآخر منها فلهما إرسال كتاب حكمي إلى بعضهما (الولوالجية).

أما عند الإمام أبي يوسف فيجوز الكتاب الحكمي على مسافة بحيث إذا كان شهود الأصل في مكان لا يتمكنون من العودة إلى بيوتهم في مساء ذلك اليوم فيما إذا أرادوا الذهاب للشهادة في محل أصل الدعوى.

وقد قال الامام مالك بذلك والقول المفتى به هو قول الإمام أبي يوسف «الفتح».

ثانياً ـ يشترط أن يكتب الكتاب الحكمي من طرف القاضي المنصوب من قبل السلطان سواء كان هذا القاضي قاضي بلدة صغيرة أو مدينة كبيرة ولا يقبل الكتاب الحكمي الذي كتبه المحكم ولا يعمل به «التنوير ورد المحتار».

ثالثاً ـ يشترط حين كتابة الكتاب الحكمي أن يكون للقاضي المكتوب إليه الولاية فلذلك لو كتب القاضي الكتاب وقال في كتابه (إن كتابي هذا لكل قاض مسلم يصل إليه) فوصل ذلك الكتاب إلى قاض لم يكن قاضياً حين تحرير ذلك الكتاب بل نصب قاضياً بعد ذلك التاريخ فلا يقبل الكتاب لأنه لم يكن لذلك القاضي ولاية وقت الخطاب (رد المحتار).

رابعاً ـ يشترط أن يقبل الكتاب الحكمي من القاضي المخاطب به بالذات ولا يجوز قبوله من نائبه كما أنه إذا كان الخطاب في الكتاب الحكمي إلى نائب القاضي وصرح فيه باسمه فيشترط قبول الكتاب من النائب المذكور وليس لمستنيبه قبوله اذ ان الكتاب يجب أن يقبل من المكتوب إليه فقط «رد المحتار».

خامساً ـ يشترط في الكتاب الحكمي وجود خمسة معاليم، وبتعبير آخر من المعلوم للمعلوم في المعلوم وللمعلوم عليه والمعلوم الأول: القاضي الكاتب، والثاني: القاضي المكتوب إليه، والثالث:

المدعي به، **والرابع**: المدعي، **والخامس**: المدعى عليه. «الشبلي». فلذلك يلزم أن يكون معلوماً في الكتاب الحكمي اسم ونسب وشهرة القاضي الكاتب والقاضي المكتوب إليه ودعوى المدعي التي أقامها أمام القاضي الكاتب وأن يكون معلوماً في تلك الدعوى المدعي والمدعى عليه بموجب المادة «١٦١٧» وأن يكتب اسم ونسب شهود الأصل الذين شهدوا في تلك الدعوى وانهم شهدوا في دعوى فلان بن فلان الصحيحة بعد الاستشهاد شهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعنى وأنه تحقق بأن الشهود المذكورين عدول ومقبولو الشهادة أولاً بالتزكية سراً ثانياً بالتزكية علناً (١) وأن يكتب اسم ونسب شهود الطريق.

فلذلك لا يعمل بالكتاب الحكمي الذي لم يذكر فيه اسم أب وجد المدعي والمدعى عليه والشهود.

ويجب تعريف المدعي على هذا الوجه بأقصى درجة حتى لا ينتحل أحد اسم الآخر ويأخذ ماله بغير حق (الولواجية).

كذلك تعريف شهود الأصل أولى حتى يتمكن المشهود عليه الغائب من معرفة أنسابهم حتى إذا أراد الطعن في بعضهم ليتمكن من التفريق بين الشاهد المطعون فيه من غيره، أما إذا لم يكتب القاضي الكاتب اسم ونسب شهود الأصل على الوجه المذكور وكتب (ان الشهود عدول وشهدوا بذلك الحق عندي بعد الاستشهاد وقد زكيتهم وعدلتهم سراً وعلناً) فيكفي ذلك.

فلذلك إذا كتب الكتاب الحكمي بقوله من فلان إلى فلان فلا يقبل كما أنه لو كتب من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل أيضاً ما لم تكن كنية مشهورة كأبي حنيفة، كذلك لو ذكر الاسم ولم يذكر الأب إلّا أنه نسب إلى قبيلة فلا يصح الكتاب الحكمي، أما لو ذكر اسم أب الشاهد وجده وترك ما عداه فيصح بالإجماع (الولواجية).

سادساً ـ يشترط أن يكون عنوان الكتاب داخل الكتاب أيضاً فلذلك إذا ترك العنوان في داخل الكتاب واكتفى بتحريره في ظاهر الكتاب فلا يجوز كما أنه يجب أن يكون العنوان في الظاهر أيضاً وقد قال بعض الفقهاء: إن لزوم وجود العنوان في باطن الكتاب هو كان للعرف عند متقدمي الفقهاء وان العرف بيننا أن يكون العنوان ظاهر الكتاب فلذلك إذا لم يكن العنوان في الباطن فيكفي العنوان الذي في ظاهر الكتاب ويجوز العمل بذلك الكتاب (الزيلعي).

وفي الحقيقة أن العرف والعادة في الوقت الحاضر هكذا:

سابعاً ـ يشترط أن يكون الكتاب الحكمي مؤرخاً فإذا شهد الشهود على تاريخ الكتاب

---

(١) لأن القاضي المكتوب إليه محتاج إلى أن يقضي وإنما يمكنه القضاء إذا ظهرت عدالة الشهود فإن لم يكتب عدالة الشهود فلا بأس به لأن القاضي المكتوب إليه الكتاب يتفحص عن حال الشهود الذين شهدوا عند القاضي بالحق فمتى ظهرت العدالة حينئذ يقضي «الولواجية» قالوا لو كتب وأقام شهوداً عدولاً عرفتهم بالعدالة وسألت عنهم عدولاً فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم (الفتح).

الحكمي غير المؤرخ لا يقبل «الشبلي»، وفائدة التاريخ هي أن القاضي المكتوب إليه الذي سيتلقى كتاباً مؤرخاً يدقق في هل أن القاضي الكاتب هو قاض بتلك البلدة بتاريخ كتابه أم لا (الدرر) فإذا ظهر له أن القاضي لم يكن قاضياً بتاريخ الكتاب بل كان قاضياً بعد ذلك فلا يعمل بالكتاب.

ثامناً ـ يشترط أن يكون الكتاب الحكمي في غير الحقوق التي تدرأ بالشبهات كالحد والقود وعليه فلا يجوز الكتاب الحكمي في دعاوى القصاص مثلاً لو كتب قاض في دعوى قصاص كتاباً حكمياً وحكم القاضي المكتوب إليه بموجب ذلك الكتاب فلا ينفذ حكمه.

ويقبل الكتاب الحكمي في القرض والدين ولو كان مؤجلاً[1] والعقار وفي جميع المنقول كالحيوانات والثياب على القول المختار والمفتى به[2] وفي المغصوب والأمانة والمضاربة والشفعة والوكالة والإخراج عن الكفالة والنكاح والطلاق والوصية والنسب والوراثة والقتل الموجب للمال «الولوالجية».

يجب تعريف المدعى به وتوصيفه لأنه إذا كان المدعى به غير حاضر في مجلس الحكم ومشار إليه ولم يجر تعريفه وتوصيفه يكون غير معلوم ودعوى المجهول غير صحيحة حسب المادة (١٦١٩).

وقد ذكر في المادة «٦٢٦» من المجلة أن الدين يعلم ببيان الجنس والنوع والقدر والوصف ولا يحتاج للإشارة كما أن العقار يعلم بالتحديد ولا يحتاج فيه للإشارة حسب المادة «١٦٢٣».

كذلك إذا عرف المنقول من طرف المدعي بدرجة نهائية وذكر أنه في يد فلان الغائب فيكون معلوماً ويجوز فيه أيضاً الكتاب الحكمي «الدر والشرنبلالي والقدير».

كذلك لو ادعى رجل دعوى نكاح على امرأة أو ادعت امرأة دعوى نكاح على رجل وطلبا كتاباً حكمياً فيعطيان، كذلك لو ادعت امرأة دعوى طلاق على زوجها الغائب وطلبت من القاضي كتاباً حكمياً فعلى القاضي أن يجيبها إلى ذلك. كذلك إذا كانت الدار المنازع فيها في محل المدعى عليه أو في محل القاضي الكاتب أو كانت في بلدة أخرى فيجوز الكتاب الحكمي لأنه حسب المادة «١٨٠٧» يجوز لقاضي بلدة أن يفصل في دعوى عقار كائن في بلدة أخرى.

ولنورد بعض أمثلة لإيضاح هذه المسألة:

لو أن خالداً الذي هو من أهالي دمشق كفل دين كمال لجمال بأمر كمال ثم بعد ذلك أدى خالد المبلغ المذكور لجمال وقبل أن يرجع على كمال بما أداه سافر كمال إلى بلدة أخرى بعيدة مدة السفر كحلب فلخالد أن يدعي في حضور قاضي بلدته أي قاضي دمشق قائلاً: إنه قد كفل دين كمال

---

(١) ويكتب في الدين المؤجل ويبيّن الأجل ليطالبه إذا حل هناك «الفتح».

(٢) وفي بعض الأقوال غير جائز في المنقول، لأن الشرط فيما ينقل الإشارة إليه من المدعي والشهود فإذا انعدم هذا الشرط لا تقبل الدعوى والبيّنة «الولوالجية في آداب القاضي».

لجمال بأمر كمال وقد أدى المكفول إلى جمال وأن يثبت دعواه هذه بالبيّنة وللقاضي أن يرسل تلك البيّنة بعد التعديل والتزكية إلى قاضي البلدة الأخرى التي هي حلب. كذلك لخالد أن يذهب إلى قاضي بلدته ويدعي قائلاً: «إنني كفلت دين جمال الذي هو من أهالي البلدة الفلانية البعيدة مدة السفر الذي في ذمة كمال وهو كذا درهماً وبعد كفالتي المذكورة قد أخرجني جمال من الكفالة إلاّ أنه قد أنكر إخراجه لي وطلب مني المبلغ المذكور وإذا ذهبت إلى تلك البلدة يطالبني بذلك فلذلك أطلب استماع بينتي على كون جمال قد أخرجني من الكفالة وأعطني كتاباً حكمياً» فإذا ادعى ذلك وسمعت البيّنة يعطى الكتاب.

تاسعاً ـ يشترط أن يكتب الكتاب الحكمي استناداً على استماع الشهود عليه فلا يجوز للقاضي الكاتب أن يكتب الكتاب الحكمي بناء على علمه كما أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه فلذلك لو كتب القاضي كتاباً حكمياً للقاضي المكتوب إليه قائلاً فيه: «إن هذا المدعي له في ذمة المدعى عليه الغائب من جهة القرض عشرة دنانير وان ذلك معلوم لدي لوقوع الاقراض والتسليم في حضوري» «الحموي» فلا يجوز.

عاشراً ـ يجب أن يكون كتاب القاضي إلى القاضي في المسائل التي تتوجه الخصومة فيها على الخصم ولا يجوز في المسائل التي لا تتوجه فيها الخصومة.

مثلاً لو توجه أحد إلى القاضي وقال له «قد كنت مديناً لزيد بن عمرو بن بكر الغائب المقيم في البلدة الفلانية وقد أديت له الدين تماماً أو أنه أبرأني من ذلك الدين وأنه يحتمل إذا ذهبت إلى تلك المدينة أن يطالبني بذلك الدين وان شهودي على الأداء أو الإبراء موجودون هنا فاستمع شهودي وأرسل كتاباً حكمياً إلى قاضي بلدة دائني المذكور» فعند أبي يوسف لا تستمع الشهود ولا يعطى له كتاب حكمي خلافاً لمحمد.

أما لو قال ذلك الشخص: إنني أديت ذلك الدين للدائن أو ان الدائن أبرأني منه إلاّ أنه ينكر الأداء أو الإبراء وقد طالبني بذلك المبلغ فالزمني للمخاصمة أمام قاضي البلدة الفلانية فاطلب كتاب القاضي لإثبات دفع دعواي فتسمع شهوده ويعطى له كتاب القاضي «الولوالجية في الفصل الحادي عشر من الشهادات والحموي وفتح القدير».

حادي عشر ـ يشترط أن يوقف القاضي الكاتب شهود الطريق على مضمون كتاب القاضي حيث إن الشهود المذكورين سيشهدون أمام القاضي المكتوب إليه على مضمون كتاب القاضي فلا يمكنهم الشهادة دون العلم. وقد فصلت كيفية الشهادة في المسألة العشرين وإيقافهم على كتاب القاضي يكون بقراءة الكتاب عليهم أو بتفهيمهم مندرجاته.

ثاني عشر ـ يشترط بعد طي الكتاب الحكمي وتختيمه في مواجهة شهود الطريق تسليم الكتاب إلى المدعي، على قول أبي يوسف المفتى به، ولزوم التختيم هو لمنع توهم التغيير (الزيلعي) ولزوم تختيم الكتاب في مواجهة شهود الطريق هو ليتمكن الشهود المذكورون من الشهادة بأنه جرى

التختيم في حضورهم ولا يعتبر الختم الذي في داخل الكتاب الحكمي أو في ذيله فلو أنكر ختم القاضي الذي على الكتاب أو كان الكتاب الحكمي مكشوفاً فلا يقبل ولو كان في ذيل الكتاب خاتم القاضي (رد المحتار والولوالجية).

إلّا أنه لو شهد الشهود المذكورون على مضمون الكتاب الحكمي على الوجه المذكور في المسألة التاسعة عشرة فيقبل الكتاب ولو لم يكن فيه ختم وحتى لو كان الكتاب في يد المدعي (رد المحتار).

أما عند الإمام فيجب تسليم الكتاب الحكمي في مجلس الحكم للشهود وعلى ذلك لو سلم الكتاب للشهود في غير مجلس الحكم فلا يصح والكتاب الذي لا يكون في يد المدعي على الوجه المذكور ويكون في يد الشهود لا يشترط أن يكون مختوماً ظهره على القول المفتى به (رد المحتار).

ثالث عشر ـ إذ كان سيرسل وكيل المدعي لطلب الحق في الكتاب الحكمي يحلف المدعي على الوجه الآتي:

وهو أنه إذا كان كتاب القاضي في حق مال وكان المدعي الذي يطلب ذلك الحق لا ينوي الذهاب إلى بلدة المدعى عليه بالذات بل يرغب في ارسال وكيل عنه لأخذ ذلك المال وتحصيله فالقاضي الكاتب يحلف هذا المدعي على أنه لم يأخذ ولم يقبض بالذات المال الذي يطلبه من الغائب كلا أو بعضاً ولم يبرىء ذمة الغائب المذكور من ذلك المال أو من دعواه أو من كافة الدعاوي وأنه لا يعلم أن رسوله أو وكيله قد قبض كل المال أو بعضه من المدعى عليه؛ لأنه من الجائز أن يدعي المدعى عليه الغائب دفعاً في حضور القاضي المكتوب إليه تأدية ذلك المال على ذلك الوجه ولم يكن لديه بينة ويوجه اليمين على المدعي فإذا حلف المدعي ابتداء اليمين على هذا الوجه يندفع الدفع فتقصر المسافة (الدر).

المسألة الخامسة ـ لا يشترط أن يكون الكتاب الحكمي في حق شاهدين فلذلك يجوز أن يكون في حق شاهد واحد وبيان ذلك هو لو كان لأحد مقيم في بلدة دين في ذمة آخر مقيم في بلدة أخرى وكان له شاهد في تلك البلدة وشاهده الآخر في البلدة الأخرى وطلب سماع دعواه وشاهده من قاض تلك البلدة فالقاضي يستمع الدعوى والشاهد الواحد ويعطى كتاب القاضي والمدعي يثبت دعواه بالشاهد الواردة شهادته في كتاب القاضي وبالشاهد الآخر المقيم في بلدة القاضي المكتوب إليه (الحموي).

المسألة السادسة ـ إذا كان الكتاب الحكمي لم يحرر فيه اسم القاضي بل حرر فيه عبارة قاضي البلدة الفلانية وكان لتلك البلدة قاض واحد فيكفي إضافة القاضي ونسبته إلى تلك البلدة ولا يشترط ذكر اسم وشهرة القاضي المذكور حيث أن كون قاضي البلدة المذكورة واحداً فبإضافة القاضي إلى محل ولايته يحصل التعريف، أما إذا كان للبلدة المذكورة قضاة متعددون فلا يكفي الإضافة للبلدة (رد المحتار).

المسألة السابعة ـ لا يزكي القاضي المكتوب إليه شهود الأصل الذين زكوا سراً وعلناً من القاضي الكاتب أما في الشهادة على الشهادة يجب تزكية شهود الأصل وشهود الفرع (الشرنبلالي).

المسألة الثامنة ـ يكتب عنوان كتاب القاضي على أربعة أوجه:

أولاً: يكتب الابتداء بالتعميم فلا يكتب اسم القاضي المكتوب إليه ونسبه بل يكتب (لكل قاض يصل إليه كتابي هذا) وهو كاف عند أبي يوسف والعمل عليه.

ثانياً: يكتب الإبتداء بالتخصيص فيكتب اسم ونسب وشهرة القاضي المكتوب إليه فيقال (إلى قاضي غزة ـ السيد عبد الحي بن عبد الرحمن... آل الحسيني) ويصح ذلك.

ثالثا: يخصص الإبتداء ثم يعمم فيقال (إلى قاضي بلدة غزة السيد عبد الحي بن عبد الرحمن... آل الحسيني وإلى كل قاض يصل إليه كتابي هذا) ويصح ذلك أيضاً، وإذا كتب الكتاب على الوجه الثالث فلكل قاض يصل إليه الكتاب المذكور أن يعمل به (الشبلي).

رابعاً: يعمم الإبتداء ثم يخصص فيقال «إلى كل قاض يصل إليه كتابي هذا وإلى قاضي بلدة غزة السيد عبد الحي بن عبد الرحمن... آل الحسيني» وكتابته على هذا الوجه تكفي عند الإمام الثاني وقد رجح هذا القول في الفتح والخلاصة (رد المحتار).

المسألة التاسعة ـ إذا لم يصل شهود الطريق إلى القاضي المكتوب إليه بسبب مرضهم أثناء السفر وبقائهم أو رجوعهم إلى بلدتهم أو ذهابهم إلى بلدة أخرى واشهدوا آخرين على شهادتهم فإذا شهد الذين اشهدوا بطريق الشهادة على الشهادة على الكتاب الحكمي فتقبل شهادتهم (الدرر والولوالجية).

المسألة العاشرة ـ يكتب كتاب القاضي تطبيقاً على الصورة الآتية:

إلى قاضي حلب السيد عمر بن جمال بن كمال حسيبي أو لكل قاض من قضاة المسلمين يصل إليه كتابي هذا: ان حسنا من أهالي حلب الذي أعلم بالذات أن اسم ابيه يونس واسم جده أحمد وان حسنا الذي أثبت بالشهود المعدلة ان اسم ابيه يونس واسم جده أحمد ادعى في حضوري في محكمة دمشق [1] ان الدار المحدودة بحدودها الأربعة كذا الكائنة في بلدة حلب في محلة الجمالية هي ملكه الصريح وأن عليا ابن محمد بن حسن المقيم في حلب البعيدة مدة السفر[2] الثابت والمتحقق ذلك ببينة شرعية واضع اليد عليها بغير حق ولا وجه شرعي وأن المدعى عليه المذكور ينكر أن الدار

(١) قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يصح التعريف في قولها وعنده لابد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه إلى قبيلة أو فخذه فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لايكون تعريفاً بالإتفاق وإن كان مشهوراً لا يحتاج إلى هذا «الفتح».

(٢) وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لأن بين العلماء اختلافاً في المسألة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي «الفتح».

المذكورة ملك للمدعي وأن لديه شاهدين على دعواه هذه هما فلان بن فلان بن فلان وفلان بن فلان بن فلان موجودان هنا، وأن وجوده مع الشاهدين المذكورين في محكمة البلدة الموجود بها المدعى عليه المذكور متعذر فطلب استماع شاهديه المذكورين وان انهى ذلك إلى حضوركم الكريم بطريق كتاب القاضي فاخطر بجلب شاهديه فحضر فلان بن فلان بن فلان من أهالي محلة الصالحية التاجر[1] وفلان بن فلان بن فلان من أهالي المحلة المذكورة واوصافهما طويلا القامة سوداوا العيون سود اللون واللحية ويبلغ عمرهما تخميناً خمسين سنة، لأجل الشهادة إلى مجلس الحكم ولدى استشهادهما شهد بعد بيان حدود الدار الأربعة على الوجه الشرعي بين الدار المحدودة والمذكورة هي ملك ومال المدعي المذكور وان المدعى عليه الغائب على المذكور واضع يده عليها بغير حق واننا شاهدان على ذلك ونشهد به وشهدا على هذا الوجه متفقي اللفظ والمعنى وقد زكى الشاهدان المذكوران من التجار المنسوبين إليهم وهما فلان بن فلان وفلان بن فلان ثم جرت تزكيتهما بالمواجهة علناً فتحقق أنهما عدلان ومقبولا الشهادة، وقد حرر هذا الكتاب توضيحاً وتوصيفاً بجريان المعاملة على المنوال المشروح وقد اشهدت شاهدي الطريق فلان بن فلان بن فلان وفلان بن فلان بن فلان على أن هذا الكتاب هو كتابي وأن الخاتم الذي في ذيله هو خاتمي وقرئ كتابي هذا عليهما وأفهما مضمونه وقد وضعت في حضور شاهدي الطريق المذكورين امضائي وشهرتي التي هي عبارة قاضي دمشق أحمد عاصم بن محمد زكي بن مصطفى في ذيل كتابي هذا وختمت ذيله بخاتمي المنقوش باسم كذا وطويت بحضورهما كتابي هذا ووضعته في مغلف واقفلت خارج المغلف وختمت خارج المغلف بختمي المذكور وختمته أيضاً باختام شاهدي الطريق المذكورين وارسلته إلى جانبكم العالي صحبة المدعي المذكور.

في رمضان سنة الامضاء

قاضي دمشق أحمد عاصم بن محمد زكي بن مصطفى

الختم

أحمد عاصم

المسألة الحادية عشرة: ان تختيم ظاهر الكتاب الحكمي أي تختيم مغلفه من قبل الشهود موجب زيادة التوثيق (الشبلي).

في النماذج المذكورة في الكتب الفقهية لكتاب القاضي ومن الجملة في الشبلي قد ذكر فيها اسم القاضي الكاتب وشهرته في أول كتاب القاضي فيذكر عبارة من قاضي دمشق فلان بن فلان بن فلان إلى قاضي حلب فلان بن فلان بن فلان وقد كان ذلك من عادات التحرير في ذلك الزمن أما الآن فالعادة أن يكتب اسم وشهرة القاضي المكتوب إليه في مبدأ التحرير واسم وشهرة القاضي الكاتب في ذيله وقد حررنا هذا الأنموذج اتباعاً لعادة التحرير في هذا الزمن.

(١) والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم إلى مصلاه وحرفته ان تاجرا فتاجر أو مزارعاً فمزارع والمقصود تعريف الشهود «فتح القدير».

المسألة الثانية عشرة: إذا لم يكن كتاب قاض فلا تقبل شهادة شهود الطريق ولو شهدوا على كافة الأحوال التي يجب ذكرها في الكتاب الحكمي المذكورة في المسألة التاسعة عشرة (الدر المنتقى والشبلي).

المبحث الثاني

في حق وظائف القاضي المكتوب إليه

المسألة الثالثة عشرة: لا يشترط عند أخذ القاضي المكتوب إليه كتاب القاضي حضور المدعى عليه أثناء ذلك لأن هذا الكتاب هو عائد للقاضي المكتوب إليه وخاص به وبمجرد قبول الكتاب لا يترتب أي حكم. كذلك لا يلزم البينة عند أخذ القاضي المكتوب إليه الكتاب الحكمي، وبتعبير آخر لا يلزم استشهاد شهود الطريق ولكن ليس للقاضي بدون حضور الخصم وبدون تحقق أن الكتاب هو كتاب القاضي أن يفتح الكتاب المذكور وأن يعمل به أي أن يحكم على المدعى عليه لأن كتاب القاضي للقاضي هو بمنزلة الشهادة على الشهادة والقاضي لا يقبل الشهادة على الشهادة إلا في حضور الخصم (الزيلعي والدرر ورد المحتار) بخلاف سماع القاضي الكاتب فإنه جاز بغيبة الخصم لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزاً بغيبته (العناية).

قال في **المحيط**: الأولى أن يكون الفتح في حضرة الخصم وأن فتح بغير محضر منه جاز (السيد الجلبي).

المسألة الرابعة عشرة: إذا أحضر القاضي المكتوب إليه الخصم بطلب المدعي يسأله القاضي هل هو فلان بن فلان المحرر اسمه بكتاب القاضي والذي استمع عليه البينة من طرف القاضي الكاتب فإذا أقر الخصم بأنه ذلك الشخص أو أنكر وأثبت المدعي بالشهود أنه هو الخصم المذكور اسمه في كتاب القاضي وزكى الشهود سراً وعلناً يطلب من المدعي تقرير دعواه ثم يستجوب المدعى عليه فإذا أقر المدعى عليه بالمدعى به يلزمه بإقراره. وفي هذه الحالة لا يبقى ثمة حاجة إلى كتاب القاضي ولا لشهود الطريق لأنه كما ذكر في المسألة الآنفة ان كتاب القاضي إلى القاضي هو بمنزلة الشهادة على الشهادة وللقاضي أن يستمع الشهادة على الشهادة في حالة إنكار المدعى عليه وفي كتاب القاضي الحال على هذا المنوال (الولوالجية). أما إذا أنكر المدعى عليه المدعى به ينظر القاضي المكتوب إليه إلى الختم المختوم على غلاف كتاب القاضي الذي سلم له في ذلك الوقت أو قبل ذلك الوقت من طرف شهود الطريق أو من طرف المدعي فإذا وجده صحيحاً غير منكسر يريه للمدعى عليه فإذا أقر المدعى عليه بأن الكتاب المذكور هو كتاب القاضي الكاتب فلا حاجة لشهود الطريق والقاضي يفتح الكتاب المذكور ويتلوه على المدعى عليه ويحكم على المدعى عليه بموجبه (فتح القدير والشبلي).

أما إذا أنكر المدعى عليه أن الكتاب المذكور هو كتاب القاضي الكاتب فبعد أن يقرأه القاضي

في مواجهة المدعى عليه وشهود الطريق يستشهد شهود الطريق وصورة الشهادة مذكورة في المسألة التاسعة عشرة، وان أول من سأل على كتاب القاضي البينة سوار بن عبدالله البخاري.

ولكن عند الخصاف يجب فتح الكتاب بعد شهادة شهود الطريق وإجراء تزكيتهم «الشبلي وفتح القدير والعناية».

فإذا شهد الشهود بقولهم إن هذا الكتاب هو كتاب قاضي البلدة الفلانية فلان بن فلان بن فلان آل كذا قد قرأه علنياً في مجلس الحكم وختم الغلاف في حضورنا وسلمه لنا «على قول الإمام الأعظم» أو سلمه إلى المدعي «على قول الإمام أبي يوسف» يسأل القاضي المدعى عليه ماذا تقول في شهادة هؤلاء الشهود فإذا قال المدعى عليه ان الشهود صادقون في شهادتهم أو عدول في شهادتهم فيكون ذلك إقراراً منه بالكتاب الحكمي فيحكم عليه بناء على إقراره بموجب الكتاب الحكمي أما إذا قال المدعى عليه بأن هؤلاء الشهود شهود زور أو قال إنهم عدول وأنكر الكتاب الحكمي فالقاضي لا يحكم فوراً بموجب الكتاب الحكمي بل يزكي الشهود سراً وعلناً ويحقق عدالتهم فإذا أثبت أن الشهود عدول يفتح القاضي ذلك الكتاب في محضر المدعى عليه والشهود ويتلوه على المدعى عليه ويحكم عليه بموجب ذلك الكتاب. أنظر المادة (١٧١٦) (رد المحتار والشبلي)، أما إذا لم تثبت عدالة شهود الطريق فيرد القاضي شهادة الشهود ويطلب من المدعي شهود طريق آخرين إذا كان لديه ذلك (الولواجية) وإذا لم يكن لديه شهود آخرون يحلف الخصم.

المسألة الخامسة عشرة - إذا امتنع المدعى عليه من الحضور إلى المحاكمة تجري المعاملة بموجب المواد (١٨٣٣ و١٨٣٤ و١٨٣٥) «الخانية».

المسألة السادسة عشرة: إذا ادعى المدعى عليه بأن المدعي قد أبرأه من المدعى به أو من كافة الدعاوي أو ادعى تسليم المدعى به للمدعي يعمل بموجب المادة (١٦٣٢).

المسألة السابعة عشرة: يحكم القاضي المكتوب إليه بموجب رأيه ومذهبه ولو كان رأيه ومذهبه مخالفاً لرأي القاضي الكاتب لأن ذلك هو حكم ابتداء (الولواجية) مثلاً لو كان القاضي الكاتب حنفي المذهب والقاضي المكتوب إليه شافعي المذهب فالقاضي المكتوب إليه يحكم بموجب أحكام مذهبه ولا يكون مجبورا لأن يعمل برأي ومذهب القاضي الكاتب والحال ان الأمر عكس ذلك في حكم القاضي كما هو مبيّن في شرح المادة (١٨٣٨) (الزيلعي والولواجية).

المسألة الثامنة عشرة: إذا وجد في الكتاب الحكمي أمر مخالف لما شهد به شهود الطريق يرد القاضي المكتوب إليه كتاب القاضي (الزيلعي).

المسألة التاسعة عشرة: إذا ادعى المدعى عليه بأنه لم يكن الشخص الذي شهد عليه شهود الأصل في حضور القاضي الكاتب وبتعبير آخر أنه لم يكن فلان بن فلان المذكور اسمه في الكتاب الحكمي وإن أباه وجده هما مسميان باسم آخر فعلى المدعي أن يثبت بالبيّنة أن المدعى عليه هو الشخص المذكور اسمه في الكتاب الحكمي لأن القاضي وان كان عالماً من الكتاب الحكمي بأن المدعي هو صاحب الحق المدعى به إلاّ أنه لم يعلم من هو المطلوب منه فوجب على الطالب أن يقيم

البيّنة لتعيين المطلوب منه حتى يتعين المدعى عليه ويقتدر القاضي على الحكم عليه (الولوالجية).

كذلك لو ادعى الخصم أن اسمه ونسبه وصفته وقبيلته موافقة لاسم وصفة وقبيلة المدعى عليه إلاّ أنه يوجد في القبيلة المذكورة شخص بعين الاسم والنسب والصفة وأثبت ذلك فتندفع خصومة المدعي وليس للقاضي أن يعمل بذلك الكتاب الحكمي حتى يعرف الرجل المطلوب فيه لأنه لم يتعين هو مطلوباً وإذا لم يثبت ذلك فيحكم القاضي عليه «الشبلي» لأنه تعين مطلوباً فانتصب خصماً (الولوالجية). وإن قال أنا فلان بن فلان وليس لهذا علي شيء لم يقبل منه ذلك لأنه أقر أن المكتوب في الكتاب هو فلا يكون جحوده الحق حجة له «الولوالجية».

المبحث الثالث

في حق كيفية الشهادة على كتاب القاضي

المسألة العشرون: تكون الشهادة على الكتاب الحكمي على ثلاث درجات:

الدرجة الأولى ـ أن يشهد شهود الطريق على مندرجات كتاب القاضي وهو قولهم: إننا نشهد أن هذا الكتاب هو كتاب قاضي البلدة الفلانية فلان بن فلان بن فلان آل كذا وان هذا المدعي في مجلس حكم القاضي المذكور قد ادعى أن له في ذمة المدعى عليه من جهة القرض مائة دينار واستشهد بالشهود المذكور اسمهم ونسبهم في كتاب القاضي وقد شهد الشهود المذكورون متفقي اللفظ والمعنى بأن لهذا المدعي في ذمة هذا المدعى عليه مائة دينار وأن القاضي الكاتب المذكور قد زكى الشهود سراً وعلناً وتحقق له أنهم عدول مقبولو الشهادة وقد حرر القاضي القول المذكور في هذا الكتاب بعد ذلك وتلاه في حضورنا وختمه وسلمه لنا (أو لهذا المدعي) في مجلس الحكم واننا نشهد بذلك وشهود عليه فهذه الشهادة مقبولة بالاتفاق.

الدرجة الثانية ـ وهي أن لا يشهد شهود الطريق على مندرجات الكتاب بل يشهدون على أن (هذا الكتاب هو كتاب قاضي بلدة كذا فلان بن فلان بن فلان وقد قرأه وختمه في حضورنا وسلمه لنا، أو لهذا المدعي في مجلس الحكم). فالشهادة على هذا الوجه تقبل بالاتفاق.

الدرجة الثالثة ـ هو أن لا يشهد الشهود على مندرجات الكتاب وعلى قراءته وتختيمه بحضورهم بل يشهدون (بأن الكتاب هو كتاب قاضي البلدة الفلانية) وهو أنه إذا لم يكن كتاب القاضي في يد المدعي بل سلم من القاضي الكاتب لشهود الطريق وكان في يد هؤلاء الشهود فإذا شهد الشهود بقولهم (ان هذا الكتاب كتاب قاضي البلدة الفلانية فلان بن فلان) فيقبل ذلك عند الإمام أبي يوسف ولا يشترط أن يكون الكتاب المذكور مختوماً وأن يشهد الشهود بأن القاضي ختمه بحضورهم كما أنه لا يجب أن يشهد الشهود بقول ان القاضي الكاتب قرأه عليهم في مجلس حكمه وسلم الكتاب إليهم وقد رجح الإمام السرخسي قول الإمام أبي يوسف تسهيلاً على الناس (الزيلعي والشبلي ورد المحتار والدر المنتقى وفتح القدير).

المبحث الرابع

في حق جواز كتاب القاضي أكثر من درجة

المسألة الحادية والعشرون: إذا كان الخصم حين وصول كتاب القاضي إلى القاضي المكتوب إليه ذهب إلى بلدة قاض آخر كأن يعلم الخصم ورود الكتاب الحكمي بحقه فيفر إلى مدينة أخرى فللقاضي المكتوب إليه أن يكتب للقاضي الثالث كتاباً حكمياً بطلب المدعي وهو أن القاضي الأول المكتوب إليه يقبل كتاب القاضي الأول الكاتب ويستمع شهادة شهود الطريق توفيقاً للمسائل السالفة وبعد تزكية الشهود يعلم الكيفية للقاضي الثالث مع درج كتاب القاضي الأول عيناً أو خلاصة (الولوالجية) وإذا لزم الأمر أن يكتب كتاب آخر من القاضي الثالث إلى القاضي الرابع فتجري المعاملة على هذا الوجه «الفتح».

المسألة الثانية والعشرون: وكما يكتب القاضي الكاتب الأول عن المعلومات الثابتة بحضوره أي أن الشهود قد شهدوا بأن للمدعي حقاً عند المدعى عليه فكذلك القاضي الكاتب الثاني يكتب الكيفيات الثابتة بحضوره أي أنه يكتب بأنه قد ثبت لديه أن الكتاب الحكمي هو كتاب القاضي الكاتب الأول، أما إذا رجع الخصم إلى بلدة القاضي المكتوب إليه قبل أن يكتب الكتاب إلى القاضي الثالث فليس للقاضي أن يحكم عليه بموجب شهود الطريق الذين استمعهم في غيابه بل المدعي مجبور على اقامة الشهود مرة أخرى، لأن سماعه الأول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وإنما يستفيدها لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (فتح القدير).

المسألة الثالثة والعشرون: ليس للقاضي الثاني قبل أن يثبت لديه على الوجه الآنف الذكر بأن الكتاب هو كتاب القاضي الكاتب الأول أن يلف الكتاب المذكور ويكتب للقاضي الثالث. لأن الشهود لم يشهدوا على الكتاب فلا يلزمه ذلك (الولوالجية).

المسألة الرابعة والعشرون: إذا وجد قاض ثالث في بلدة كائنة بين بلدة المدعي وبين البلدة التي يقيم فيها الخصم وطلب من قاضي بلدته أن يكتب لقاضي البلدة الثالثة بأن يكتب كتاباً حكمياً له لقاضي البلدة الثانية فيجيبه القاضي إلى ذلك حيث أنه إذا أخذ كتاباً لقاضي بلدة الخصم فلا يجد شهود الطريق فعلى القاضي أن يجيبه، لأن الإنسان قد يتبلى بهذا (الولوالجية).

المسألة الخامسة والعشرون: يكتب القاضي المكتوب إليه الأول الكيفية إلى القاضي المكتوب إليه الثاني بعد استماع شهود الطريق وتزكيتهم وإذا أراد يذكر في كتابه مندرجات الكتاب الحكمي الأول وإن شاء درج خلاصته كما أنه يبين المعاملات التي جرت في حضوره كاستماع الشهود .

المسألة السادسة والعشرون: إن هذا القاضي المكتوب إليه الثاني يوفق معاملاته على المسائل المندرجة في المبحث الثاني.

المبحث الخامس

في الأحوال المبطلة لكتاب القاضي

المسألة السابعة والعشرون: إذا سقط القاضي الكاتب من أهلية القضاء بوفاته أو بعزله أو بجنونه أو بحده بحد القذف أو بطروء العمى عليه قبل أن يقرأ القاضي المكتوب إليه الكتاب الحكمي يبطل الكتاب المذكور لأن الكتاب الحكمي هو بمنزلة الشهادة على الشهادة فكما تبطل شهادة شهود الفرع إذا توفي شهود الأصل قبل أداء شهود الفرع شهادتهم يبطل أيضاً كتاب القاضي إذ ما يمنع القضاء بشهادة يمنع القضاء بكتابة (رد المحتار) أما إذا توفي القاضي الكاتب أو جن بعد أن قرأ القاضي المكتوب إليه الكتاب على الوجه المذكور في المسألة فلا يبطل حكم الكتاب (التنوير).

المسألة الثامنة والعشرون: إذا جاء القاضي الكاتب إلى بلدة القاضي المكتوب إليه قبل حكم القاضي المكتوب إليه بالكتاب الحكمي فلا يعمل بعد ذلك بالكتاب الحكمي ولا يحكم به كالحال في شهود الفرع إذ أنه إذا حضر شهود الأصل قبل شهادة شهود الفرع فلا يستشهد بشهود الفرع (واقعات المفتين).

المسألة التاسعة والعشرون: إذا فقد القاضي المكتوب إليه أهلية القضاء بوفاته أو جنونه ينظر: فإذا كان عنوان الكتاب خاصاً بالقاضي المتوفي يبطل الكتاب الحكمي وإذا كان عنوان الكتاب عاماً بعد التخصيص لا يبطل، وعند أبي يوسف ان الكتاب إذا خصص بعد التعميم لا يبطل وقد رجح صاحب الخلاصة والفتح هذا القول (رد المحتار) وإذا كان عنوان الكتاب ابتداء محرراً على وجه التعميم فلا يبطل أيضاً.

المسألة الثلاثون: لا يبطل الكتاب الحكمي بوفاة الخصم سواء كان المتوفي المدعي أو المدعى عليه لأن وارثه أو وصيه قائم مقام المتوفي، إن كان التاريخ بعد موت المطلوب أو قبله لأن الوارث خلف المورث والوصي نائب الميت «الولوالجية» وإذا كان الورثة عديدين فحضور بعضهم يكفي. أنظر المادة «١٦٤٢» «الولوالجية».

المسألة الحادية والثلاثون: لا يبطل الكتاب الحكمي بوفاة شاهد الأصل (الدر المختار).

المبحث السادس

في حق رسالة القاضي إلى القاضي والإخبار الشفاهي

المسألة الثانية والثلاثون: لا تقبل الرسالة يعني إذا لم يرد كتاب إلى القاضي الثاني من القاضي

الأول بل جاء أحد من قبل القاضي الأول إلى القاضي الثاني رسولاً وبلغ القاضي الثاني المعلومات التي يجب ذكرها في الكتاب الحكمي وأثبت وقوع التبليغ من طرف الرسول فليس للقاضي الثاني أن يحكم بذلك [١].

المسألة الثالثة والثلاثون: لا يقبل الأخبار الشفاهي وهو أنه لو ذهب قاضي بلدة بالذات إلى قاضي بلدة أخرى وأخبر القاضي الثاني المعلومات التي يجب درجها في الكتاب الحكمي فلا يعمل القاضي الثاني بها «الولواجية».

خاتمـــة

في حق صورة الإعلام الذي يصدره القاضي المكتوب إليه بناء على كتاب القاضي

المسألة الرابعة والثلاثون: إن فلان بن فلان بن فلان المقيم في محلة كذا في دمشق مسافراً قد استدعى في استدعائه الذي قدمه بأن له في ذمة فلان بن فلان المقيم في المحلة المذكورة أربعين ديناراً من جهة القرض وطلب الحكم له بأخذها وقد دعى الطرفان إلى المحكمة حسب الأصول وحضرا بالذات ولدى السؤال من المدعي المذكور عن دعواه أجاب أن له في ذمة المدعى عليه الحاضر فلان من جهة القرض أربعين ديناراً وطلب الحكم له بها.

ولدى استجواب المدعى عليه أنكر دعوى المدعي بالكلية فطلب من المدعي إثبات دعواه فقدم كتاباً مظروفاً معنوناً ومختوماً فوق ظرفه بختم أحمد عاصم ومحرراً على ظرفه أنه من قاضي حلب فلان بن فلان بن فلان وأنه كتاب لكل قاض من قضاة المسلمين الذي يصل إليه الكتاب.

ولدى سؤال المدعى عليه أنكر أن الكتاب المذكور مكتوب من قبل أحمد عاصم قاضي مدينة حلب فأجاب المدعي المذكور بأنه يثبت ذلك بشاهدي الطريق فلان بن فلان بن فلان وفلان بن فلان بن فلان الوارد اسمهما في الكتاب الحكمي والذي يظهر ذلك عند فض الكتاب فاستشهد الشاهدان اللذان أحضرهما في مواجهة الطرفين فشهدا متفقي اللفظ والمعنى قائلين: إننا شاهدان ونشهد بأن هذا الكتاب هو كتاب قاضي حلب السيد أحمد عاصم بن فلان بن فلان وقد قرأه في مجلس الحكم علينا وأشهدنا على ذلك وقد طوى الكتاب المذكور في حضورنا ووضعه في الغلاف وأقفل الغلاف في حضورنا وختمه بختمه المنقوش بأحمد عاصم وعنونه إلى قاضي دمشق فلان بن فلان ابن فلان وإلى كل قاض من قضاة المسلمين يصل إليه كتابي هذا ثم سلمه بعد ذلك إلى

---

(١) الفرق بين الرسالة وبين الكتاب هو أن الكتاب من القاضي الكاتب كالخطاب بنفسه للقاضي المكتوب إليه والكتاب وجد منه من موضع القضاء فكان الخطاب موجوداً منه من موضع القضاء ليكون حجة أما في الرسالة فالرسول ينقل خطاب المرسل والنقل اقتصر على هذا الموضع فثبت خطاب المرسل في هذا الموضع والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعية «الولواجية» وفرق وهو أنه ورد الأثر إلى جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس «العناية».

هذا المدعي وإننا نشهد على هذا الخصوص على هذا الوجه وإننا شاهدان على ذلك فسئل المشهود عليه (المدعى عليه) عن قوله في حق الشاهدين فأفاد بأنهما كاذبان في شهادتهما فصارت تزكيتهما أولاً سراً من فلان وفلان وبعده علناً وبالمواجهة من فلان وفلان فهم أنهما عدلان ومقبولا الشهادة وبحضور المدعي والمدعى عليه وشاهدي الطريق فض الكتاب الحكمي وقرىء فوجد أنه يتضمن كذا وقد ثبت بأن القاضي الكاتب هو لم يزل قاضي حلب بشهادة الشهود العدول المقبولي الشهادة الثابت ذلك بتزكيتهم سراً وعلناً وهم فلان وفلان أو بإقرار المدعى عليه فلذلك قد حكم على المدعى عليه أن يعطي المبلغ المدعى به الأربعين ديناراً للمدعي المذكور ونبه عليه تحريراً في شهر سنة ختم.

المادة (١٨١٨) - (إن أثبت المدعي دعواه بالبينة حكم القاضي له بذلك وإن لم يثبت يبق له حق اليمين فإن طلبه كلف القاضي المدعى عليه اليمين بناء على طلبه)

إن أثبت المدعي دعواه بالبينة أي إذا شهد الشهود وجرت تزكيتهم سراً وعلناً فظهر أنهم عدول ومقبولو الشهادة حكم القاضي بذلك. انظر المادة (١٧١٦) لأن هذا المدعي قد نور دعواه ودعمها بالبينة وإن يكن أنه يحتمل ويتوهم كذب الشهود في شهادتهم إلا أنه لا يمكن التحقيق في حق البشر أكثر من ذلك لأن علم الغيب خاص بالله عز وجل وإصابة الحقائق مرفوعة عنا والطريق لوصولنا إلى الحقائق هي البينة فقط (الولوالجية).

إن إصدار الحكم بعد البينة كما ورد في المجلة هو في حال عدم قول المدعى عليه أن لدي دفع أما إذا قال المدعى عليه ان لدي دفع فالقاضي يمهله ثلاثة أيام فإذا لم يقدم دفعه في ظرف تلك المدة يحكم عليه بموجب البينة.

إن هذا الحكم يصدر على المدعى عليه ولو كانت المحاكمة في مواجهة وكيل المدعى عليه أو وصي المتوفي المدعى عليه فعلى ذلك إذا أقيمت البينة في مواجهة وكيل المدعى عليه يحكم القاضي على الموكل الغائب ولا يحكم على الوكيل.

كذلك لو كان للمدعى عليه تركة وأقيمت البينة في مواجهة الوصي أو الوارث فيحكم القاضي على المتوفي وليس على الوصي أو الوارث ويبين في الإعلام بأنه قد حكم على الموكل الغائب أو على الميت في مواجهة الوكيل أو الوصي.

وإذا اجتمعت البينة والإقرار يحكم القاضي بالإقرار وهو أنه إذا أثبت المدعي دعواه بالبينة ثم أقر بعد ذلك المدعى عليه بدعوى المدعي يحكم القاضي بالإقرار ولا يحكم بالبينة لأن البينة لا تقام على المقر بل تقام على المنكر كما بين ذلك في شرح المادة (١٨١٨) «البحر».

وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي ولم يثبت المدعي دعواه بالبينة أي عجز عن إقامتها فيبقى للمدعي عند المدعى عليه حق اليمين فإذا طلب المدعي يمين المدعى عليه كلف القاضي بناء

على طلب المدعي اليمين للمدعى عليه ثلاث مرات على الصور المبينة في شرح مادتي (١٧٤٨ و١٧٤٩) لأن النبي ﷺ سأل المدعي بقوله (هل لديك بينة فأجابه المدعي بلا فقال له لك اليمين فأجابه المدعي أن خصمي يحلف اليمين ولا يبالي فأجابه النبي ليس لك إلا هذا). أي إقامة البينة أو اليمين فصار اليمين حق لإضافته بلام التمليك.

وبما أن المدعى عليه ينكر حق المدعي ويرغب في إتلافه فالشارع قد مكن المدعي من اتواء وإهلاك نفس المدعى عليه بتحليفه اليمين الغموس والكاذبة لأن اليمين الفاجرة تجعل البلاد بلقعاً.

إن إظهار العجز عن البينة يكون على وجهين:

الوجه الأول: أن لا يكون لدى المدعي شاهد.

الوجه الثاني: أن يكون شهوده غائبين أي غير موجودين في البلدة التي يقيم فيها القاضي وللمدعي في هذين الوجهين أن يحلف خصمه اليمين (الولوالجية في آداب القاضي). أما إذا قال المدعي أن شهودي حاضرون في مجلس الحكم وإنني سأقيمهم بعد حلف خصمي اليمين أو قال ان شهودي موجودون بالبلدة أي البلدة التي يقيم فيها القاضي وبعد حلف خصمي اليمين سأحضرهم فلا يلتفت لطلبه ويؤمر بإحضار بينته. أما إذا قال المدعي ان لدي بينة إلا انني عاجز عن إقامتها لأن الشهود لا يلبون دعوتي فله في هذه الحالة تحليف خصمه (الولوالجية في الحادي عشر من الشهادات) بطلب المدعي، يشترط شرطان لاعتبار يمين المدعى عليه:

الشرط الأول: أن يحلف اليمين بطلب الخصم وقد بين في المادة (١٧٤٦) أن الخصم يحلف بطلب المدعي فقط فعلى ذلك لو أراد القاضي تحليف المدعى عليه فقال المدعي لا تحلفه فليس للقاضي تحليفه.

الشرط الثاني: أن يكون اليمين بتكليف من القاضي فلذلك إذا حلف المدعى عليه اليمين بدون طلب وتكليف من القاضي فلا حكم لذلك اليمين ويحلف مرة أخرى. انظر المادة (١٧٤٧) إلا أنه يحلف الخصم في خمسة مواضع بلا طلب كما هو محرر في المادة «١٧٤٦» (مجمع الأنهر والولوالجية في الفصل الحادي عشر من الشهادات والدرر وعبد الحليم في الدعوى).

لزوم اليمين على المدعى عليه، يفهم من هذه المادة أنه يلزم المدعى عليه اليمين وعليه فلو قال المدعى عليه للمدعي، انك تدعي علي بعشرة دنانير فإذا حلفت على ذلك فأؤديها لك فحلف المدعي اليمين وسلمه المدعى عليه العشرة دنانير بناء على ذلك الشرط فللمدعى عليه أن يسترد ذلك (الخانية) ولا يجب على المدعي اليمين بعد حلف المدعى عليه اليمين.

مستثنى: إلا أنه قد ذكر في شرح المادة (٨٩١) أنه يلزم المدعي والمغصوب منه اليمين في مسألة واحدة. «الحموي».

المادة (١٨١٩) ـ (فإن حلف المدعى عليه اليمين أو لم يحلفه المدعي منع القاضي المدعي من معارضة المدعى عليه).

إذا حلف المدعى عليه اليمين بطلب المدعي وعلى الوجه المبين في مادتي «١٧٤٨ و١٧٤٩» أو أن المدعي لم يحلف المدعى عليه اليمين منع القاضي المدعي من معارضة المدعى عليه وإذا كلف المدعى عليه لحلف اليمين وكان لديه شبهة في الشيء الذي ادعى به عليه فاللائق به إرضاء خصمه وأن لا يحلف اليمين للاحتراز من الوقوع في الحرام بحلف اليمين الكاذبة.

والإرضاء يتصور على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يعطي المدعي مالاً فداء لليمين ويكون هذا المال بعضاً مثل المدعى به وبعضاً أقل منه وفي الأغلب يكون الصلح على أقل من المال المدعى به (الدرر منلا مسكين) ولذلك فقد حصل فرق بين هذا الوجه الأول وبين الوجه الثاني الآتي الذكر.

الوجه الثاني: الصلح عن اليمين على مال كأن يدعي أحد على آخر عشرين ديناراً فينكر المدعى عليه ويكلفه المدعي لحلف اليمين فيؤدي للمدعي عشرين ديناراً فداء لليمين أو يؤدي عشرة دنانير فيرضى المدعي وهو جائز، كذلك إذا صولح عن اليمين المذكورة بعشرة دنانير أو عشرين ديناراً ورضي المدعي بذلك صح الصلح؛ ويروى أنه أقيمت دعوى على الصحابي عثمان ذي النورين رضي الله عنه بأربعين درهماً فافتدى يمينه بإعطاء مقدار من المدعى به ولم يحلف اليمين فقيل له: لماذا لم تحلف اليمين وأنت صادق؛ فأجاب إنني أخاف أن أصاب بمصيبة ثم يقول الناس: إنه أصيب لحلف اليمن الكاذبة (عبد الحليم) فإذا افتدى المدعى عليه اليمين على هذا الوجه أو صالح على اليمين فليس للمدعي بعد ذلك تحليف المدعى عليه لأنه يكون قد أسقط حق خصومته مقابل المال الذي أخذه.

الوجه الثالث: أن يؤدي المدعى عليه للمدعي عشرة دنانير ويشتري منه اليمين بتلك العشرة دنانير والإرضاء على هذا الوجه غير جائز وللمدعي بعد ذلك أن يحلف المدعى عليه اليمين لأن الشراء عبارة عن عقد تملك مال مقابل مال واليمين ليس بمال «الدرر في الدعوى».

أما إذا لم يرضَ الخصم وأصر على طلب يمين المدعى عليه فإذا كان رأي المدعى عليه أن للمدعي حقاً عنده فلا يحلف ويؤدي المدعى به وإذا كان رأيه أن المدعي مبطل في دعواه فيجوز له حلف اليمين «البحر».

نتيجة اليمين: إذا حلف المدعى عليه اليمين على هذا الوجه فتنقطع الخصومة بينه وبين المدعي حتى يقيم المدعي بينة ولا يبطل حق المدعي بحلف المدعى عليه اليمين إلا أنه إذا لم يستطع المدعي أن يقيم بينة بعد ذلك موافقة لدعواه فليس له أن يخاصم المدعى عليه مرة أخرى أما إذا أقام المدعي بعد الحلف بينة موافقة لدعواه فتقبل، ويثبت حق المدعي على إقامة البينة بعد حلف المدعى عليه اليمين على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: هو أن الخليفة عمر الفاروق رضي الله عنه قد قبل بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه اليمين، وقول القاضي شريح أن اليمين الفاجرة أحق بالرد من البينة العادلة (الدرر في الدعوى).

الوجه الثاني: إن اليمين بدل وخلف عن البينة فإذا حصلت القدرة على الأصل بطل الخلف.

الوجه الثالث: إن طلب المدعي يمين المدعى عليه ليس بدليل على عدم وجود بينة لديه لأنه من الجائز أن بينته غائبة عن البلدة أو أنها حاضرة في البلدة إلا أنها ليست في مجلس الحكم «مجمع الأنهر».

مثلاً إذا ادعت امرأة على آخر بأن البستان الذي في يده ملكها فأجابها المدعى عليه ان البستان المذكور هو في الحقيقة ملكها إلا أن زوجها فلاناً قد باعه البستان المذكور فضولاً بثمن معلوم وقبض الثمن وبعد ذلك قد أجزت البيع المذكور مع وجود شرائط الإجازة وأنكرت المدعية ذلك وعجز المدعى عليه عن الإثبات فحلف المدعية اليمين فإذا أقام البينة بعد ذلك تقبل «الفيضية».

اليمين كذباً: قد اختلف في هل أنه يظهر كذب المدعى عليه في يمينه إذا أثبت المدعي دعواه بإقامة الشهود بعد حلف المدعى عليه اليمين: فعند أبي يوسف يظهر كذبه. لأن نقيض اليمين وضده قد ثبت بشهادة عادلة، أما عند محمد فلا يظهر كذبه. لأن البينة من حيث الظاهر وإن كانت حجة إلا أنها في الحقيقة ونفس الأمر شهادة لا يعلم صدقها من كذبها، وفي هذه الصورة يحتمل أن يكون المدعى عليه صادقاً في يمينه وإن الشهود كاذبون. فلذلك إذا ادعى المدعي على المدعى عليه بعشرة دنانير وأنكر المدعى عليه فحلف المدعى عليه بالطلب على أنه لم يكن مديناً للمدعي ثم أقام المدعي البينة على أن له عشرة دنانير في ذمة المدعى عليه وأثبت ذلك فعند محمد لا يكون المدعى عليه حانثاً في يمينه أي ظاهراً كذبه في اليمين التي حلفها ولا يستحق العقاب الذي يستحقه شاهد الزور.

والمذهب المفتى به هو: أنه إذا ادعى المدعي دعوى دين بلا بيان السبب والمدعى عليه حلف اليمين على المدعى به بعد الإنكار ثم أقام المدعي البيّنة فيظهر كذب المدعى عليه في اليمين التي حلفها ويستحق العقاب في هذا الحال[1].

أما اذا ادعى المدعي الدين مبيّناً سببه وأنكر المدعى عليه الحاصل قائلاً أنه غير مدين للمدعي وحلف اليمين على الحاصل ثم أقام المدعي البيّنة على سبب الدين فلا يظهر كذب المدعى عليه في يمينه لأنه من الجائز مع وجود القرض الذي هو سبب الدين أن يكون الدين استوفي من

(١) تصح دعوى الدين بلا بيان السبب كما بين في شرح المادة (١٦٢٧).

المدين أو أُبرئ منه (تعليقات ابن عابدين على البحر)[1].

مستثنيات. الدعاوي التي تلزم فيها اليمين:

تلزم اليمين على المنكر في كل دعوى أما عند الامامين فلا تلزم اليمين بطريق الاستثناء في موضعين في الحدود واللعان.

أما في النكاح وفي غيره الذي سيجري ذكره آتياً فتلزم اليمين وقد بيّن قاضي خان بأن الفتوى على قول الامامين رحمهما الله (الدرر في الدعوى).

أما عند الإمام الأعظم فكما لا تلزم اليمين في الموضعين المذكورين لا تلزم أيضاً في النكاح والرجعة والفيء والاستيلاد والرق والنسب والولاء (البحر).

والاختلاف في التحليف في هذه الخصوصات هو إذا لم يكن مقصوداً فيها المال. أما إذا كان المال مقصوداً فيها فتلزم اليمين بالإجماع (الشرنبلالي). مثلاً تلزم اليمين السارق في السرقة الموجبة للحد فإذا نكل عن الحلف يضمن المال المسروق ولا يلزمه حد السرقة.

إيضاحات

النكاح ـ لا تلزم اليمين على نفس النكاح أو على الرضاء بالنكاح سواء أكان المدعى عليه الزوج والمنكر الزوجة أو كانت المدعية الزوجة والمنكر الزوج، مثلاً إذا ادعى رجل على امرأة قائلاً: إنني كنت تزوجتك فأنكرت المرأة ولم يكن لديه شاهد فلا تحلف المدعى عليها على أنها لم تزوج نفسها لهذا الرجل، كذلك إذا ادعت امرأة على رجل قائلة: كنت زوجتك نفسي وقد تزوجتني وأنكر الزوج دعواها فلا يحلف المدعى عليه على عدم تزوجه تلك المرأة.

الرجعة ـ إذا ادعى أحد الزوجين بعد العدة على الآخر قائلاً: انه راجع أثناء العدة وأنكر الآخر فلا يلزم اليمين عند الإمام الأعظم. أما إذا ادعى الزوج الرجعة أثناء العدة فيثبت الرجوع في الحال.

في الإيلاء ـ إذا ادعى أحد الزوجين بعد مدة الإيلاء الرجوع مدة الإيلاء وأنكر الآخر فلا تلزم اليمين أما إذا اختلفا في مدة الإيلاء فيثبت الفيء بقول الزوج.

الاستيلاد ـ أي طلب ولد بأن يدعي أحد من الأمة والمولى أو الزوجة والزوج أنها ولدت منه ولداً حياً أو ميتاً كما في قاضي خان لكن في المشاهير ان دعوى الزوج والمولي لا تتصور لأن النسب ثبت بإقراره ولا غيره بإنكارها بعده، يمكن أن يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويره كما في القهستاني.

---

(١) ولو قال المدعي للمدعى عليه أحلف وأنت بريْ من هذا الحق الذي ادعيت أو أنت بريْ من هذا الحق ثم أقام البيّنة قبلت لأن قوله أنت بريْ يحتمل البراءة للمال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل إبراء بالشك (البحر).

الرق ـ إذا ادعى أحد على رجل مجهول الحال قائلاً، إنك رقيقي أو ادعى رجل مجهول الحال على رجل قائلاً: أنت سيدي وأنكر الآخر فلا تلزم اليمين.

النسب: لو ادعى أحد على آخر قائلاً: أنت ولدي أو أنت أبي وأنكر الآخر فلا تلزم المنكر اليمين (١).

المادة (١٨٢٠) ـ (إذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم القاضي بنكوله وإذا قال بعد حكم القاضي بنكوله أحلف لا يلتفت إلى قوله).

بعد ذلك إذا نكل المدعى عليه عن حلف اليمين الذي كلف أول مرة بحلفها يحكم عليه بنكوله لأن النكول عند الإمام الأعظم بذل وعند الإمامين إقرار (الدر المنتقى).

يجوز الحكم على المدعى عليه إذا نكل أول مرة عن حلف اليمين الذي كلف بحلفه لكن الأولى أن يكلف اليمين ثلاث مرات كما هو مذكور في شرح المادة الآنفة.

ويستفاد من أحكام هذه المادة من المجلة أنه يجب أن يكون النكول في حضور القاضي وأن يكون الناكل نفس المدعى عليه وان قول وكيله ان موكلي لا يحلف اليمين غير معتبر إذ لا تجري الوكالة في النكول عن اليمين كما أن النكول في غير مجلس القاضي لا يعتبر[٢].

إيضاح البذل: معنى البذل ترك المنع لدفع الخصومة يعني إعطاء المال المدعى به وإباحته (الدرر في الدعوى).

مثلاً إذا ادعى المدعي عشرة دنانير من ذمة المدعى عليه وأنكر المدعى عليه ولدى تكليفه بالطلب لحلف اليمين نكل عن الحلف، فعند الإمام الأعظم يعد هذا النكول بذلاً للعشرة دنانير في سبيل دفع الخصومة أي فداء لتلك وإباحتها للمدعي أي أن المدعى عليه صادق في إنكاره أصل الدين وبتعبير آخر أن المدعى عليه غير مدين في نفس الأمر مطلقاً للمدعي، وعدم حلف اليمين هو فداء بالعشرة دنانير وإباحته تلك للمدعي، وبتعبير آخر قول المدعى عليه إني أرجح إعطاء العشرة دنانير على حلف اليمين صادقاً لأنه لو عد نكول المنكر عن حلف اليمين إقراراً فيكون معنى ذلك أنه قد كذب بقوله، أنه غير مدين للمدعي مع كونه كان مديناً وارتكب الكذب الحرام،

---

(١) ولاء، سواء كان ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة بأن يدعي أحد من المعروف والمجهول على الآخر أنه معتقه أو مولاه فلا يحلف عند الإمام في هذه الأمور لأن المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول جعله بذلاً وإباحة صيانة عن الكذب الحرام والبذل لا يجري في هذه الأمور. «مجمع الأنهر».

(٢) أما إذا حرر في وكالة الوكيل المعين من المدعى عليه (أنه مأذون بأن يبين ويخبر القاضي بنكول موكله عن حلف اليمين في حال توجه اليمين عليه) وقال الوكيل المذكور في المحاكمة «إنني أبينّ حسب وكالتي أن موكلي ناكل عن اليمين» فهل يقبل ذلك؟ وهل يمكن أن يقال إن ذلك جائز حيث انه يجوز التوكيل في الخصومات التي يقدر على إجرائها وهو بيان الموكل بالذات في حضور المحكمة وانه لهذا السبب للموكل أن يوكل في ذلك؟

فصيانة من إلصاق تهمة الكذب بالمدعى عليه وإحساناً للظن به نقول إن المدعى عليه صادق في إنكاره أصل الدين وإن عدم حلفه اليمين مبني على بذله وفداء المدعى به.

سؤال ـ ما دام أن النكول بذلك وفداء وإباحة فيجب أن لا يملك المدعى به قبل القبض انظر مادة (٥٧) مع أن الأحكام التي تصدر بناء على النكول تنفذ جبراً؟

الجواب ـ إنه وإن يكن النكول عن اليمين عند الإمام الأعظم هو فداء إلّا أنه ليس فداء وإباحة من كل وجه بل هو فداء فيه شبهة الإقرار فلذلك يجوز أخذه جبراً من المدعى عليه.

إيضاح الإقرار ـ أما عند الإمامين فنكول المدعى عليه عن حلف اليمين هو اعتراف بمعنى قول المدعى عليه اني مدين للمدعي بعشرة دنانير، وبذلك يظهر كذبه في إنكاره السابق وعلى كل فإذا كان النكول بذلاً وفداء فيستحق المدعي المدعى به كما أنه إذا كان إقراراً فهو مسبب للحكم على المدعى عليه بموجب المادة «٧٩» مجمع الأنهر.

وإذا قال بعد حكم القاضي بنكوله أحلف لا يلتفت إلى قوله بعد ذلك لأنه يكون قد أبطل بنكوله حق تحليفه فلا ينقض الحكم بقوله هذا «الدرر في الدعوى» أي لا يطرأ خلل على الحكم السابق.

إيضاح القيود:

بعد الحكم، أما إذا لم يتصل بالنكول حكم القاضي فلا يلزم شيء وعليه فإذا كلف القاضي المدعى عليه ثلاث مرات لحلف اليمين ونكل المدعى عليه عن الحلف وقال المدعى عليه بعد ذلك أحلف اليمين قبل الحكم عليه فيحلف ولا يقال له بما أنك نكلت عن الحلف فقط سقط حق اليمين إذ ليس في التحليف على هذه الصورة نقض للقضاء كما أنه لا يوجب فساداً «الدرر».

أما إذا حكم بنكوله وصدر الإعلام بذلك ثم فسخ أو نقض الحكم وأعيدت المحاكمة ثانية وأراد المدعى عليه حلف اليمين فيحلف المدعى عليه اليمين إذا كان النقض أو الفسخ واقعاً بسبب أن اليمين الذي كلف المدعى عليه لحلفه مخالف للشرع، أما إذا كان النقض أو الفسخ لأسباب أخرى فهل للمدعى عليه أن يحلف أو ان القاضي يحكم عليه مرة ثانية بنكوله السابق؟ فالظاهر ان له حق الحلف إلّا أنه يجب للحكم على هذا الوجه إيجاد مسألته.

وعدم إيجاب شيء يكون النكول بذلاً هو ظاهر لأن البذل أي فداء المال إنما يتحقق بحكم القاضي.

كذلك لا يوجب النكول شيئاً لكونه إقراراً لأن النكول إقرار فيه شبهة البذل أي ان كونه بدلاً وعوضاً عن اليمين لا يوجب المال بانفراده أما الإقرار الصريح الذي ليس فيه شبهة البذل فهو حجة في نفسه وحد ذاته ولا تتوقف حجيته على حكم القاضي بالنكول والشهادة وإن القضاء فيه مجاز وإعانة «ابن عابدين على البحر».

لا يلتفت إلى قوله بعد ذلك، أما إذا دفع الدعوى بعد نكوله عن حلف اليمين على هذا الوجه فيقبل دفعه على قول ولا يقبل على قول آخر.

مثلاً إذا ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: «إن هذه الفرس التي في يدك هي فرسي» فأنكر المدعى عليه ولدى تحليفه بالطلب نكل عن الحلف فحكم القاضي بأن الفرس للمدعي فادعى المدعى عليه بعد ذلك قائلاً إنني اشتريت الفرس قبل الخصومة من المدعي وأقام البيّنة على ذلك فيقبل ادعاؤه على قول ويحكم بالفرس للمدعي «ابن عابدين على البحر» ولا يقبل هذا الدفع على قول ما لم يدع المدعى عليه أنه اشترى الفرس من المدعي بعد الحكم «الحموي في القضاء».

المادة (١٨٢١) - (يجوز الحكم والعمل بلا بيّنة بمضمون الإعلام والسند اللذين أعطيا من طرف قاضي محكمة إذا كانا سالمين من شبهة التزوير والتصنيع وموافقين للأصول).

قد نظم بتاريخ ٤ جمادي الأولى سنة ١٢٩٦ تعليمات من جمعية المجلة الملغاة محتوية على خمسة وعشرين بنداً بتنظيم السندات الشرعية ليكون جائزاً العمل والحكم بها بلا بيّنة وقد صدرت الإرادة السنية بالعمل بها بناء على طلب المشيخة الإسلامية ذلك وقد حررت هذه التعليمات في ختام كتابنا هذا.

وقد حررت المسألة الآتية من الجمعية المذكورة لتكون ملحقاً لهذه التعليمات وهي: إن الإعلامات والسندات التي نظمت وأعطيت قبل نشر تلك التعليمات السنية لا يجوز الحكم بمضمونها بلا بيّنة بل يلزم طلب البيّنة على مضمونها - انتهى.

وموافقة الاعلام لأصوله يكون بالحكم به طبقاً للمسائل والأحكام الشرعية موافقة الحجة أيضاً للأصول يكون بمطابقتها للمسائل والأحكام المذكورة.

أما الإعلامات والسندات التي أعطيت بصورة مخالفة للمسائل والأحكام الشرعية فلا يعمل ولا يحكم بها.

إن موافقة الإعلامات والحجج لأصولها يجري التصديق عليها من دائرة الفتوى «أولاً» ومن مجلس التدقيقات الشرعية «ثانياً» فإذا كان موافقاً صدق عليه وإذا كان مخالفاً ينقض.

إن الإعلامات غير الموافقة لأصولها المشروعة هي كالاعلام الذي يصدره القاضي في قضية استمع فيها شهوداً ولم يزكهم كما أن السندات غير الموافقة لأصولها المشروعة كالحجة التي تتضمن فراغ أحد الأرض أميرية في تصرفه أو مستغلات موقوفة لآخر ولا يكون حين الفراغ إذن من صاحب الأرض أو من المتولي فلا يعمل بحجج مثل هذه الحجج كما أنه لا محل لطلب بيّنة لإثبات مضمونها لأنها باطلة ولو ثبت مضمونها.

صورة إثبات مضمون الحجج والإعلامات: إذا كان الإعلام أو السند موافقاً لأصوله إلاّ أنه غير سالم من شبهة التزوير والتصنيع فتطلب البيّنة، وهذه البيّنة اما أن تكون لإثبات أصل الحق وهي ظاهرة، واما أن تكون لإثبات مضمون الحجة والاعلام وهو أن يشهد الشهود: إنه في التاريخ الفلاني قد حكم القاضي فلان بن فلان بن فلان الذي كان قاضياً في هذه البلدة في مجلس حكمه بعد المرافعة الشرعية قائلاً في حكمه خطاباً لهذا المدعى عليه. قد حكمت أن تؤدي هذا المال لهذا المدعي أي اننا كنا حاضرين في ذلك المجلس وقد سمعنا ذلك تقبل شهادتهم ولا يكلف هؤلاء الشهود بيان كيفية ثبوت الحق في حضور القاضي الأول «أبو السعود» حتى لو قال هؤلاء الشهود اننا استمعنا حكم القاضي في مجلس حكمه ولم يقل لنا القاضي كونوا شهوداً على ذلك لا يمنع ذلك من قبول شهادتهم.

أما إذا شهد الشهود بأنهم لم يسمعوا الحكم في مجلس الحكم في حضور المترافعين بل سمعوه في محل آخر أي غير مجلس الحكم بأن قال القاضي لهم انه حكم بذلك وأخبرهم بحكمه فلا تصح شهادتهم أنظر شرح المادة «٦٨٨». مثلاً لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك من جهة كذا كذا درهماً حتى انني قد أقمت الدعوى عليك لدى القاضي وأثبت ذلك وحكم القاضي عليك بأداء المبلغ المذكور لي وأنكر المدعى عليه ذلك بالمرة فللمدعي أن يثبت حكم القاضي له بذلك بإقامة الشهود ولا يشترط أن يكون في يده اعلام شرعي من طرف القاضي «البهجة»[1].

أما إذا لم يشهد الشهود بأنهم سمعوا حكم القاضي في حضور المترافعين بل شهدوا أن القاضي قد أخبرهم في غير مجلس الحكم بأنه حكم بكذا فلا تصح شهادتهم أنظر شرح المادة (١٦٧٨).

المادة (١٨٢٢) - (إذا لم يجب المدعى عليه لدى استجوابه على الوجه المبيّن آنفاً بقوله: لا، أو نعم، وأصرّ على سكوته يعد سكوته إنكاراً وكذلك لو أجاب بقوله لا أقرّ ولا أنكر يعد جوابه هذا إنكاراً أيضاً وتطلب البيّنة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفاً).

إذا لم يجب المدعى عليه لدى استجوابه على الوجه المحرر آنفاً أي في المادة (١٨١٠) بقوله: لا، أو نعم، أي لم يجب جواباً فيه إقرار بدعوى المدعي أو إنكار لها وأصرّ على سكوته بلا عذر فيعد سكوته إنكاراً وتسمع البيّنة عليه أنظر المادة (٦٧).

بلا عذر- إذا سكت المصاب لعلة في لسانه أو سمعه لعدم اقتداره على التكلّم أو لعدم سماعه الكلام فلا يعد سكوته إنكاراً.

---

(١) أما في زماننا فحسب التعليمات السنية يوجد في المحاكم الشرعية محضرو اعلام لجميع القضايا التي تفصلها المحاكم الشرعية فإذا ادعى أحد صدور حكم كهذا من المحاكم الشرعية فيقتضي سؤال تلك المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم عن ذلك وإجراء العمل على موجب الجواب الذي يؤخذ من قاضي تلك المحكمة.

التوكيل الذي لا يجوز فيه إقرار الوكيل أو إنكاره معتبر، مثلاً لو وكل آخر وكيلاً عنه في القضية المقامة عليه من آخر على أن لا يكون إقراره وإنكاره جائزاً فالوكيل المذكور يكون مجبوراً على السكوت وعدم الإجابة على دعوى المدعي وتقام البيّنة عليه (البحر).

وكذلك لو أجاب المدعي عليه بقوله: لا أقرّ بدعوى المدعي ولا أنكرها فيعد جوابه هذا عند الإمام الأعظم ومحمد إنكاراً أما عند أبي يوسف فلا يعد إنكاراً ويحبس حتى يجيب على دعوى المدعي.

وتطلب بيّنة مطابقة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفاً في المادة (١٨١٧) فإذا أثبت فبها وألّا فيحلف خصمه اليمين أنظر المادة (٧٦) فإذا حلف المدعى عليه يمنع المدعي من المعارضة وإذا نكل عن الحلف ثبتت دعوى المدعي.

المادة (١٨٢٣) ـ (لو أتى المدعى عليه بدلاً من الإقرار أو الإنكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعمل على وفق المسائل التي ذكرت في كتابي الدعوى والبيّنات).

إيضاح القيود:

ويستفاد من قوله، المدعى عليه أن الدفع يستمع إذا بيّن من المدعى عليه أما الدفع من غير المدعى عليه فغير صحيح.

مستثنى: إلّا أنه في بعض المسائل يستمع دفع الدعوى من غير المدعى عليه، مثلاً إذا كان المدعى عليه أحد الورثة فللوارث الآخر دفع الدعوى كما هو مصرح في المادة «١٦٤٢».

كذلك يسمع الدفع من البائع ولو لم تكن الدعوى عليه «الحموي».

مثلاً لو ادعى أحد المال الذي اشتراه وقبضه آخر من زيد بأنه ماله وأثبت ذلك وأخذه فلزيد أن يقيم الدعوى على المحكوم له ويدعي قائلاً: إنك كنت بعتني المال المذكور فإذا أثبت زيد ذلك ينقض الحكم لأن زيداً قد تضرر من الدعوى التي تكوّنت بين المدعي والمدعى عليه بسبب أن للمشتري بعد أخذ المال منه أن يرجع على البائع ويسترد الثمن.

قد بيّن في كتاب الدعوى الدفع الصحيح من الدفع الغير الصحيح فلذلك أذا بيّن المدعى عليه أنه سيدفع دعوى المدعي يسأله القاضي عن دفعه فإذا بيّن دفعاً صحيحاً يمهله إلى مجلس ثان ولا يعجل بإعطاء الحكم حتى لا يعرض قضاءه للنقض لأنه يجب صيانة القضاء عن النقض بقدر الإمكان (الولوالجية). وإذا كان الدفع الذي بيّنه المدعى عليه فاسداً فلا يلتفت القاضي إليه بل يصدر الحكم الشرعي المقتضي (رد المحتار والحموي).

قد بيّن في كتاب البيّنات المسائل التي تتعلق بنصاب الشهادة وكيفية أدائها وتزكيتها وصور

ترجيح البينتين اللتين تقامان من كلا الطرفين.

يعمل على وفق المسائل، وكيفية وصورة التوفيق تجري على الوجه الآتي:

عند تقرير المدعي دعواه فعند المدعى عليه ثلاثة أحوال اما أن يقر، أو ينكر، والسكوت أيضاً داخل في الإنكار بحكم المادة (١٨٢٢) أو يدفع الدعوى فإذا أقرّ المدعى عليه فحكم ذلك مبين في المادة (١٨١٧) وإذا أنكر أو سكت فحكم ذلك أيضاً مذكور في المواد (١٨١٧و١٨١٨ و١٨١٩) ولم يبق هنا جهة محتاجة للإيضاح سوى دفع الدعوى ولنبادر إلى إيضاحها:

وهو أنه إذا ادعى المدعي بألف درهم من جهة القرض فدفع المدعى عليه الدعوى بقوله: إنني أديت المبلغ المذكور أو انك أبرأتني من الدين المذكور فهذا الدفع مشروع بموجب المادة (١٦٣١) ففي هذا الحال إذا أنكر المدعي هذا الدفع على الوجه المبين في المادة (١٦٣٢) فيطلب بيّنة من المدعى عليه فإذا أثبت المدعى عليه هذا الدفع تندفع دعوى المدعي وإذا عجز عن الإثبات فيحلف المدعي بطلب المدعى عليه على كونه لم يستوف الدين المذكور فإذا نكل المدعي عن الحلف يثبت دفع المدعى عليه ويمنع المدعي من دعواه وتختم الدعوى في هذه المرحلة أما إذا حلف المدعي اليمين فيندفع دفع المدعى عليه وترجع في هذه الصورة دعوى المدعي الأصلية ويقتضي تدقيق دعواه. ودفع المدعى عليه في هذا المثال هو إقرار بحكم المادة (١٥٨٦) فيلزم المدعى عليه بإعطاء المبلغ المذكور للمدعي أنظر المادة «١٨١٧» وتنتهي القضية في هذه المرحلة أيضاً. كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذه الفرس التي في يدك هي ملكي فأجابه المدعى عليه: قد اشتريت هذه الفرس منك بعشرة دنانير وأوفيتك الثمن كاملاً فتطلب البيّنة من المدعى عليه وهذا الطلب ليس مخالفاً لحكم المادة (٧٦) لأنه قد بيّن في شرح المادة «١٦٣٣» أنه يكون المدعى عليه في دفع الدعوى مدعياً والمدعي مدعى عليه فإذا أثبت المدعى عليه دفعه بالبيّنة أو أقر المدعي بالدفع المذكور فبها والاّ يحلف المدعي بالطلب فإذا حلف اليمين تعود دعوى المدعي الأصلية وهذا الدفع هو إقرار بالمدعى به بحكم المادة «١٥٨٣» فلا يحتاج لإقامة شهود أو أسباب ثبوتية أخرى بل يحكم للمدعي بالفرس المذكورة. كذلك لو أجاب المدعى عليه على دعوى المدعي المبيّنة في المثال الثاني بقوله: إنك أبرأتني من هذه الدعوى وأنكر المدعي الإبراء فتطلب البيّنة من المدعى عليه فإذا أثبت المدعى عليه الإبراء فبها وإذا عجز عن الإثبات يحلف المدعي على عدم إبرائه المدعى عليه من هذه الدعوى فإذا نكل المدعي عن حلف اليمين يثبت الإبراء ويمنع المدعي من دعواه وتنتهي هذه الدعوى في هذه المرحلة. أما إذا حلف المدعي اليمين فتعود دعوى المدعي الأصلية وتطلب من المدعي البيّنة على أن الفرس المذكورة ملكه لأن ادعاء المدعى عليه إبراء المدعى له من الدعوى ليس إقراراً بالمدعى به أنظر المادة «١٥٨٢» فإذا أثبت المدعي دعواه بالبيّنة يحكم بموجبها وإذا عجز عن الإثبات يحلف المدعى عليه بالطلب فإذا حلف يمنع المدعي من المعارضة وإذا نكل يحكم على المدعى عليه بالمدعى به.

كذلك لو ادعى أحد الحانوت الذي في يد آخر قائلاً: إن هذا الحانوت ملكي لأنني اشتريته

من علي وان هذا المدعى عليه وضع يده بغير حق فاطلب أخذه منه فأجاب المدعى عليه قائلاً إن هذا الحانوت هو ملكي قد اشتريته من حسن أو أنه موروث لي عن أبي فأنا واضع اليد عليه على هذا الوجه فتطلب البيّنة أولاً من المدعي بموجب المادة «١٧٥٨» أما إذا ادعى ذو اليد أنه اشترى الحانوت المذكورة من علي فتطلب البيّنة في هذه الحالة أولاً من ذي اليد المدعى عليه.

المادة (١٨٢٤) - (ليس لأحد الطرفين أن يتصدى للكلام ما لم يتم الطرف الآخر كلامه وإذا تصدى يمنع من قبل القاضي).

ليس لأحد الطرفين أن يتصدى للكلام ما لم يتم الطرف الآخر كلامه وادعاءه فإذا تصدى يمنع من طرف القاضي ويؤمر بالسكوت لأنه إذا تصدى الطرفان للكلام معاً يشوشان على القاضي ولا يفهم كلامهما ولا يكون في هذا الحال مقتدراً على فصل الدعوى فعلى ذلك ليس للمدعى عليه أن يتصدى للجواب على الدعوى ما لم يقرر المدعي دعواه ويوضحها وكذلك ليس للمدعي أن يتصدى لدفع الدفع قبل أن يتم المدعى عليه دفعه ويوضح ويتم جوابه «الزيلعي».

والقاضي يستمع أولاً دعوى المدعي توفيقاً للمادة «١٨١٦» ويوفق هذه الدعوى على إحدى المسائل الشرعية فيستوضح القيود والشروط المقتضية.

مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا الرجل قد غصب مني شاة واستملكها فيجب على القاضي أن يسأل المدعي عن زمان ومكان الغصب وعن قيمتها في زمان ومكان الغصب لأنه كما بيّن في كتاب الغصب تلزم قيمة المال المغصوب في زمان ومكان الغصب وعليه فيجب على القاضي أن لا يستوضح من المدعى عليه قبل أن يستوضح دعوى المدعي وقبل أن يفهمها كاملاً ثم بعد ذلك يستمع جواب المدعى عليه وبعد أن يتحقق ان الجواب المذكور إقرار أو إنكار أو دفع يجري القاضي المعاملة التالية المقتضاة.

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المدعى عليه قد أخذ بدل إيجار حانوتي الفلاني فليؤده لي فلا تكمل الدعوى بذلك ويقتضي الاستيضاح من المدعي قبل استجواب المدعى عليه فيسأله، بأي صفة أخذ المدعى عليه بدل الإيجار؟ وهل أخذ الإيجار فضولاً بعد أن أجرت الحانوت؟ أو انك وكلته بالقبض فأخذ البدل؟ أو انك وكلته بالتأجير فاجر الحانوت بالوكالة وقبض الاجرة؟ أم أجر الحانوت فضولاً فأجزت الإجارة مع وجود شرائط الإجارة فقبض الإيجار؟ أم أجر الحانوت فضولاً فأجزت الإجارة بعد انقضاء مدة الإيجار مثلاً وأخذ الأجرة بعد ذلك؟ فبعد أن يوضح المدعي هذه الجهات ويصحح دعواه ويتمها يستجوب القاضي المدعى عليه.

المادة(١٨٢٥)- (يوجد القاضي في المحكمة ترجماناً موثوقاً به ومؤتمناً لترجمة كلام من لا يعرف اللغة الرسمية من الطرفين).

يوجد القاضي في المحكمة ترجماناً موثوقاً به ومؤتمناً لترجمة كلام من لا يعرف لغة القاضي من الطرفين أو الشهود.

أما عند أبي يوسف فتقبل ترجمة الترجمان غير العادل والأعمى ولا تقبل عند الإمام (أبو السعود).

لذلك يقبل عند أبي يوسف ترجمة ترجمان واحد لترجمة ادعاء المدعي وجواب المدعى عليه وشهادة الشهود لأنه خبر ولا يشترط فيها الشهادة ولفظ الشهادة (أبو السعود في الشهادة).

إلا أنه رعاية للإحتياط يجب أن لا يقل عدد المترجمين عن اثنين أنظر المادة (٧١) وشرحها.

المواضع التي يقبل فيها قول واحد.

١ ـ يقبل قول الواحد في الترجمة.
٢ ـ في التزكية السرية.
٣ ـ في تقويم المتلفات.
٤ ـ في جرح الشهود.
٥ ـ في تقدير الارشد.
٦ ـ في مسألة الاختلاف في صفة المسلم فيه بعد احضاره.
٧ ـ في اخبار افلاس المحبوس في مسألة اطلاق المحبوس من أجل الدين.
٨ ـ في أخبار عيب المبيع.
٩ ـ في أخبار رؤية الهلال.
١٠ ـ في أخبار الموت للشاهدين.
١١ ـ في الديانات على العموم كطهارة الماء ونجاسة وحل الطعام وحرمته.
١٢ ـ في اخبار عزل الوكيل.
١٣ ـ في حجر المأذون.
١٤ ـ في اخبار شخص بتزويج وليه له.
١٥ ـ في اخبار الشفيع بالبيع.

ويكفي في المسائل الخمس عشرة المذكورة اخبار عدل واحد (أبو السعود في الشهادة).

وكما يكون الترجمان رجلاً يكون امرأة أيضاً في المسائل والأحوال التي تقبل شهادة النساء فيها إلا أنه يجب عند الشيخين الحرية والعدالة والثقة فيها أما في المسائل التي لا تقبل فيها شهادة النساء فلا تقبل فيها ترجمتها «الهندية وأبو السعود».

المادة(١٨٢٦)ـ (يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في

الصلح فإن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح وإن لم يوافقا أتم المحاكمة).

يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء، والأقرباء هم الأخوة وبنو الاعمام أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح ولا يستعجل بالحكم حتى أنه لو قضى القاضي بحق يكون ذلك سبباً لحصول العداوة بين المدعي والمدعى عليه فتكون المصالحة أولى لدفع هذا المحذور (واقعات المفتين والعناية) مرة أو مرتين، ويشار بذلك إلى أن القاضي لا يوصي الطرفين بالمصالحة أكثر من مرتين لأن في ذلك أضراراً بصاحب الحق «العناية».

فإذا وافق الطرفان على الصلح صالحهما القاضي توفيقاً للمسائل الوارد ذكرها في كتاب الصلح ويصدر الاعلام بالصلح؛ وبتعبير آخر يقبل القاضي الصلح الذي تقرر بين الطرفين ويصدقه إذا كان موافقاً لأحكام الشرع وأحكام المجلة، أما إذا كان مخالفاً فلا يقبله ولا يصدقه.

مثلاً إذا ادعى المدعي عشرة دنانير مصالحة المدعى عليه على اثني عشر ديناراً فلا يقبل القاضي هذا الصلح كما أنه إذا تصالح المدعي والمدعى عليه على دعوى عشرة دنانير على أن يفرغ المدعى عليه للمدعي أرضاً اميرية فلا يقبل القاضي هذا الصلح قبل إذن صاحب الأرض باجراء الفراغ المذكور ولا يصدق له.

وإذا لم يوافق الطرفان على الصلح أو لم يكن لهما رغبة في إجراء الصلح فلا يكلفهما الصلح بل يكمل المحاكمة وعليه أن يحكم لمن قامت الحجة له وليس للقاضي أن يترك دعوى الطرفين ويلح ويبرم عليهما بإجراء الصلح «العناية» لأنه يشترط في امثال هذا الصلح رضاء وموافقة الطرفين لأن الصلح كما عرف في المادة (١٥٣١) هو عقد يرفع النزاع بين الطرفين بالتراضي فالصلح الذي يجري بإكراه غير معتبر. وقد ذكر في كتاب الإجارة في شرح المادة (٦٠٧) أن مشائخ المسلمين قالوا وافتوا أنه يجبر الطرفان على إجراء الصلح على نصف البدل في دعوى المال الذي تلف في يد الأجير المشترك إلا أن المجلة لم تقبل هذا الإجبار.

المادة (١٨٢٧)- (بعد ما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاماً حاوياً للحكم والبينة مع الأسباب الموجبة له فيعطيه للمحكوم له ويعطى لدى الإيجاب نسخة منه للمحكوم عليه أيضاً).

بعد ما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين حكمه بلسان لين وينفذ هذا الحكم حيناً ظاهراً وباطناً وحيناً ظاهراً لا باطناً. فإذا كان الحكم مبنياً على الشهادة وعلى أسباب ثبوتية حقيقية فينفذ بالإتفاق ظاهراً أي ينفذ فيما بعد بيننا وينفذ أيضاً باطناً أي ينفذ عند الله تعالى «العناية».

مثلاً، إذا تزوج أحد امرأة في محضر شهود وكانت زوجته المنكوحة على الوجه المذكور فأنكرت المرأة النكاح فادعى الزوج زوجيته منها وأثبت ذلك بالشهود العدول وحكم القاضي بالزواج بعد التعديل والتزكية فينفذ هذا الحكم ظاهراً كما ينفذ باطناً أيضاً؛ أما إذا كان الحكم مبنياً على شهادة الزور فقد اختلف في ذلك.

فعند الإمام إذا كان الحكم مبنياً على شهادة الزور فهو محل قابل للنفاذ في العقود كالبيع والنكاح وفي الفسوخ كالإقالة والطلاق وينفذ ظاهراً وباطناً إذا لم يكن القاضي عالماً بكون الشهود شهود زور؛ ولأبي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهراً وباطناً فبأمر الله تعالى أولى والقاضي مأمور بذلك منه جل وعلا «الفتح».

البيع، مثلاً إذا ادعى أحد على آخر قائلاً قد اشتريت منك دارك هذه بقيمتها الحقيقية بكذا ديناراً و أثبت ادعاءه بشهود زور واستحصل على حكم بذلك وادى الثمن فيحل للمحكوم له المذكور سكنى الدار المذكورة «العناية».

أما إذا أثبتت الدعوى في الهبة والصدقة التي هي من التبرعات وفي البيع بأقل من قيمته الحقيقية بشهود زور وصدر الحكم بذلك فتوجد روايتان عن الإمام المشار إليه في حق نفاذ الحكم باطلاً ففي رواية لا ينفذ الحكم باطناً لأن القاضي لا يملك انشاء التبرعات في ملك الغير كما أن البيع بأقل من قيمته الحقيقية تبرع من وجه «رد المحتار».

النكاح، إذا أثبت أحد بشهود زور بأن امرأة هي زوجته وحكم القاضي بذلك فإذا كانت المرأة محل نكاح فينفذ هذا الحكم ظاهراً كما أنه ينفذ باطناً؛ وهو قول أبي يوسف الأول خلافاً لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر «العناية».

وينفذ ظاهراً لأن القاضي يأمر المرأة بقوله لها: سلمي نفسك لهذا الرجل لأنه زوجك وتلزم نفقة تلك المرأة على ذلك الرجل.

وينفذ باطناً إذ تصبح تلك المرأة حلالاً لذلك الرجل، كما أنه لو ادعت الزوجة النكاح وأنكر الزوج وأثبتت الزوجة النكاح بشهود زور فالحكم أيضاً على هذا المنوال «العناية».

الفسوخ، والمقصود من الفسوخ الشيء الذي يرفع حكم العقد فهي تشمل الاقالة والرد بالعيب والطلاق «شرح المجمع».

الطلاق، لو أثبتت امرأة بشهود زور أن زوجها طلقها ثلاث طلقات بائنة وبعد أن استحصلت على الحكم بالطلاق تزوجت بعد العدة بزوج آخر فيحل له الاستمتاع بها ولو علم بحقيقة الحال كما أنه يحل للمرأة تمكينه حتى أنه يجوز ويحل لأحد أولئك الشهود الزور التزوج بها (الفتح). ودليل نفاذ القضاء على هذا الوجه ظاهراً وباطناً هو. أن رجلاً ادعى بحضور أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه التزوج بامرأة فأثبت الرجل الزواج بها بعد إنكار المرأة العقد فحكم علي

كرم الله وجهه بأنها زوجة للمدعي فقالت المرأة لعلي عليه السلام إنني لست زوجة للمدعي وما دمت أنك حكمت بذلك فأجر عقدنا فأجابها لا حاجة لتجديد العقد فشاهداك زوجاك.

قيل، إذا كان المحل قابلاً للنفاذ؛ لأنه إذا كان المحل غير قابل للنفاذ فلا ينفذ مثلاً لو قال أحد تزوجتها فهي زوجتي وكانت المرأة التي يعنيها محرمة لكونها معتدة الغير فالحكم الذي يكون على هذه الصورة لا ينفذ باطناً فإذا أثبت المدعي ذلك بشهود زور وهو عالم بأنها محرمة فلا تحل تلك المرأة للمدعي.

كذلك لو ادعى المدعي كذباً أن امرأة المنكوحة لغيره زوجته وأثبت ذلك بشهود زور واستحصل على حكم بالزوجية فلا ينفذ الحكم باطناً ولا تحل المرأة المذكورة له.

قيل، إذا لم يكن القاضي عالماً بكذب الشهود، لأن القاضي إذا كان عالماً بكذب الشهود فالحكم الذي يصدره لا ينفذ باطناً كما أن الظاهر لا ينفذ ظاهراً أيضاً.

اليمين الكاذبة، كذلك لا ينفذ الحكم باطناً المبني على يمين كاذبة.

وعليه فإذا ادعت امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً وأنكر الزوج ذلك ولم تستطع الزوجة الإثبات وحلف الزوج على أنه لم يطلقها وأخذ الحكم عليها بالطاعة فلا ينفذ هذا الحكم باطناً فإذا كان طلقها حقيقة طلاقاً ثلاثاً فليس لها بعد هذا الحكم أن تمكث عنده ولا يحل لها أخذ شيء من ميراثه.

قيل، في العقود وفي الفسوخ، أما في الأملاك المرسلة فلا ينفذ باطناً بالإجماع لأنه يجب أن يكون للملك سبب وبما أنه لا تكون بعض الأسباب أولى من الأسباب الأخرى من جهة مزاحمة الأسباب فلا يمكن جعل السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء (الدرر).

ودعوى الدين بدون ذكر السبب في حكم الاملاك المرسلة أيضاً فلذلك إذا أثبت بشهود الزور بدون ذكر السبب لا ينفذ.

كذلك الإرث في حكم الاملاك المرسلة.

كذلك النسب لا ينفذ الحكم باطناً بالإجماع.

والحاصل أن النفاذ باطناً عند الإمام الأعظم يجري في الأمور القابلة للانشاء بسبب كالبيع والنكاح والإجارة ولا يجري في غير القابلة للانشاء كالاملاك المرسلة والإرث والنسب.

أما عند الإمامين وزفر والأئمة الثلاثة فالأحكام التي تقع بناء على شهادات شهود زور تنفذ ظاهراً إلا أنها لا تنفذ باطناً.

فلذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: قد اشتريت فرسك هذه منك بقيمتها الحقيقية بعشرة دنانير وأنكر المدعى عليه البيع فأثبت المدعي دعواه بشهود زور وحكم له القاضي بالفرس فأخذ

الفرس ودفع العشرة الدنانير، وكانت العشرة الدنانير قيمة الفرس الحقيقية، فلا تحل تلك الفرس للمدعي.

كذلك لو ادعى رجل على امرأة بأنها زوجته المنكوحة وأثبت دعواه بشهود زور واستحصل حكماً عليها بالزوجية فلا يحل للرجل الإستمتاع بتلك المرأة كما أنه لا يحل للزوجة تمكينه من ذلك.

وفي جميع الأمثلة التي سبق بيانها بأنه يحل فيها على رأي الإمام الأعظم هي حرام على رأي الإمامين والفتوى على قول الإمامين لأن شهادة الزور وإن كانت حجة ظاهر إلا أنها ليست حجة باطناً والقضاء والحكم ينفذ بقدر مقدار الحجة (رد المحتار). يعني أن القضاء والحكم مظهر ولم يكن مثبتاً لأن المحكوم به كان قبل القضاء ثابتاً وإنما الحكم أظهره فقط «رد المحتار».

قيل، إذا كان الحكم مبنياً على شهادة الزور، لأنه إذا ظهر أن الشهود ممن لا تقبل شهادتهم كالعبيد والمحدودين في القذف فلا ينفذ الحكم باطناً «الفتح».

ويفهم الطرفين ذلك وبالحكم والتفهيم على الوجه المذكور يتم القضاء والحكم، أما تنظيم الإعلام وإعطاؤه فليس من متممات الحكم حتى إنه لو أخذ القاضي المال المحكوم به من المحكوم عليه وسلمه للمحكوم له حال صدور الحكم فيصح ذلك[1].

بلسان لين، فاللائق الاعتذار للمحكوم عليه حتى لا ينكسر قلبه ولا يسيء الظن بالقاضي فيخاطبه القاضي قائلاً (قد دفقت صورة إنكارك ومدافعاتك إلا أن الحكم الشرعي هو كذا وقد حكمت عليك على هذا الوجه ولا يمكن العمل بغير ذلك) مع تفهيمه الأسباب الموجبة للحكم كما هو مبين آنفاً.

وينظم إعلاماً حاوياً للحكم والبينة مع الأسباب الموجبة له ويعطى ذلك الإعلام للمحكوم له ويعطى لدى الإيجاب نسخة أخرى منه للمحكوم عليه أيضاً، إذن يجب بيان الأسباب الموجبة للحكم في الإعلام حتى يقف المحكوم عليه على تلك الأسباب فلا يظهر أن القاضي قد حار عليه وظلمه فيتظلم للناس من القاضي لأن «من يسمع يخل» والعامة كثيراً ما تخل بشرف القاضي ونزاهته مع كونه يكون بريء الذمة. فإذا كان من الممكن إقامة الحق بدون كسر القلب فالأولى إجراء ذلك وكما أنه يجب على القاضي أن يحترز من أن يطعن الناس في حقه بحق وأن لا يجري الأعمال التي توجب الطعن في حقه يجب عليه أن يحترز أيضاً من إجراء الأفعال التي توجب الطعن في حقه بغير حق لأنه يوجَد أناس يظنون بأن تلك الطعون موافقة للحقيقة فيتلوث شرف القاضي.

ويعطي الإعلام للمحكوم له لسببين (الأول) حتى لا ينسى الحكم المذكور بطول الزمن ومرور الأوان «الثاني» ليتمكن المحكوم له من إبراز الحكم للموظف كي يجري الحكم لأنه لو ذهب

(١) أما في هذا الزمن فإجراء الحكم على هذا الوجه ممنوع قبل إعطاء الإعلام.

المحكوم عليه بعد الحكم إلى بلدة قاض آخر أو كان الحكم في مواجهة وكيل المحكوم عليه المقيم في مدينة أخرى فيجب إجراء ذلك الحكم من قاض آخر ولا يمكن لهذا القاضي الآخر أن يجري الحكم ما لم يطلع على الإعلام (الزيلعي).

كما أنه يلزم إعطاء نسخة من الإعلام إلى المحكوم عليه حتى يقف على كيفية المحاكمة والحكم وليتمكن من عرض الحكم المذكور على الفقهاء ليعلم إذا كان الحكم موافقاً لأحكام الشرع وأصول المحاكمة أو لم يكن موافقاً (الدر المختار) وليتمكن من استئناف أو تمييز الحكم إذا رغب في ذلك.

الأسباب الموجبة؛ هي المسألة الشرعية التي بنى عليها الحكم والشهادة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين المبتنى عليه الحكم الواقع.

أما ذكر أسماء الشهود وألفاظ الشهادة في الإعلام فقد قال الفقهاء أنه إذا بنى الحكم على الشهادة فلا يلزم ذكر أسماء الشهود في الإعلام وصور شهادتهم بل يكفي أن يقال قد ثبت بشهادة الشهود العدول المقبولي الشهادة والمزكين سراً وعلناً، أما إذا ثبتت الدعوى بطريق الشهادة على الشهادة فيجب أن يذكر في الإعلام الشهود الأصول.

وقد سئل أبو السعود السؤال الآتي «هل يكفي أن يكتب أن الشهود قد شهدوا طبق دعوى المدعي؟» فأجاب (أنه يكفي في كتاب الشهادات الإجمال إذا كان القاضي من أشراف العلماء وألا يقتضى التفصيل) وبما أنه يقبل في هذا الزمن الشهادات بداعي أنها موافقة للدعوى مع أنها لم تكن موافقة فلذلك يجب كتابة صورة الشهادة في الإعلام.

صورة تنظيم الإعلام: يلزم القاضي حين تنظيم الإعلام أن يدقق محضر الدعوى مرة بعد أخرى ويطبق ذلك حتى لا يحصل خلل في الإعلام بأن يكون مخالفاً للمحضر «الولوالجية في آداب القاضي». وبعد أن يذكر في الإعلام صورة دعوى المدعي وتاريخ ومضمون السندات التي أبرزها لإثبات مدعاه والأسباب الثبوتية التي بينها وصورة إنكار المدعى عليه أو كيفية دفعه والأدلة التي قدمها لإثبات دفعه ثم يبين كيفية الحكم والإلزام.

يعني يجب أن يحتوي الإعلام على الأمور الآتية:

١ ـ دعوى المدعي.

إذا سرد المدعي مدعياته في جلسات عديدة يدقق القاضي في جميعها ويطوي (أولاً) المكررة منها فإنه لا فائدة في ذكر المكرر بل إنه يوجب الصعوبة والتشويش حين تدقيق الإعلام استئنافياً أو تمييزاً «ثانياً» يخرج الإفادات الغير اللازمة في الدعوى لأن ذكر إفادات غير مفيدة في الدعوى اشتغال بالعبث ويوجب ذلك الإشكال عند تدقيق الإعلام استئنافاً أو تمييزاً «ثالثاً» يكتب إفادات المدعي التي بينها في الجلسات العديدة في محل واحد.

٢ ـ جواب المدعى عليه:

إذا أجاب المدعى عليه أجوبة في جلسات عديدة فيدقق القاضي جميعها ويطوي أولاً المكرر منها؛ ثانياً. يخرج الأجوبة التي لا تتعلق بحل الدعوى، ثالثاً، يكتب أجوبة المدعى عليه المتعلقة بالدعوى التي أجابها في جلسات عديدة في مكان واحد.

٣ ـ أسباب ثبوت الدعوى.

فإذا كانت الأسباب المذكورة الإقرار فيجب كتابته عيناً لأنه يحتمل أن يظن القاضي كلاماً لا يعد إقراراً، وإذا كانت الأسباب المذكورة أوراقاً وسندات فيجب على القاضي أن يذكرها عيناً في الإعلام؛ أما إذا كان في تلك الأوراق جهات لا تتعلق بالدعوى فلا يجب درجها، وإذا كانت الأسباب المذكورة شهادة فيجب كتابة صورة شهادتهم عيناً لأنه من الجائز أن تكون صورة الشهادة غير مثبتة للدعوى ويظن القاضي أنها موافقة لها كما أنه يجب كتابة أسماء الشهود وأوصافهم وأنه جرت تزكيتهم سراً وعلناً وإن التزكية علناً كانت في حضور الطرفين والشهود، وإذا كانت الأسباب المذكورة اليمين أو النكول عن اليمين فيجب بيان صورة اليمين الذي كلف القاضي الخصم ليحلفه لأنه يحتمل أن تكون اليمين الذي كلف الخصم ليحلفها غير موافقة لأصولها ويكون حلف المدعى عليه اليمين أو نكوله لا يشكل سبباً للحكم.

ومن قواعد الصك أن يذكر في الحكم الشرعي المبني على الإقرار عبارة إلزام وفي الحكم المبني على الشهادة لفظ التنبيه وذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: إن لي في ذمتك عشرة دنانير فأقر المدعى عليه بأنه مدين للمدعي بعشرة دنانير فيكتب في الإعلام عبارة (قد ألزمت المدعى عليه بأن يدفع للمدعي العشرة دنانير وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي وأثبت المدعي دعواه بالبينة فيكتب في الإعلام (قد نبهت المدعى عليه بأن يدفع للمدعي المبلغ المذكور).

وقد ذكر في شرح المادة (١٨١٤) بأنه قد ألفت نماذج بكيفية تنظيم وتحرير الإعلامات الشرعية وطبعت ونشرت وربطت صورة تنظيمها بقواعد منتظمة.

المادة (١٨٢٨) ـ (لا يجوز للقاضي تأخير الحكم إذا حضرت أسباب الحكم وشروطه بتمامها).

أي يكون واجباً على القاضي في هذا الحال أن يحكم فوراً بمقتضى تلك الدعوى فإذا أخر ذلك يكون آثماً بترك الواجب ويستحق العزل، فلذلك إذا أخر القاضي الحكم خوفاً من المدعى عليه أو أمر المدعي بالصلح فاضطر المدعي لمصالحة المدعى عليه بناء على أمر وإلحاح القاضي يأثم القاضي «واقعات المفتين والحموي» وقد بين في المواد «١٧٤٠ و١٧٤١ و١٧٤٢» أسباب الحكم كما أنه بين في المواد الآتية شروطه ولكن للقاضي تأخير الحكم في أربع مسائل.

المسألة الأولى: إذا كان عند القاضي شبهة في الشهود فله تأخير الحكم وتجسس أحوال

الشهود. مثلاً إذا أثبت المدعي دعواه بالشهود وجرت تزكيتهم سراً وعلناً على الأصول فاشتبه القاضي بسبب مشروع في أن الشهود شهود زور فيتجسس أحوالهم ويرسل أحد أمنائه إلى الأشخاص الموثوقي الكلمة الذين لهم اختلاط بالشهود ويتفحص أحوالهم جيداً، فعليه لو شهد الثلاثة شهود في دعوى فسمع القاضي أحدهم قبل الحكم يقول (استغفر الله قد شهدت كذباً (ولم يميز القائل ولدى سؤالهم أجابوا أنهم باقون على شهادتهم فلا يحكم القاضي بتلك الشهادات ويخرج أولئك الشهود من مجلسه ويجري التدقيق والبحث في حقهم فإذا ظهر له أنهم أناس سوء فيرد شهادتهم، ويجب في هذا الزمن الإعتناء الزائد في ذلك إذ أن الشهود يزكون من أناس لا تقبل شهادتهم[1].

المسألة الثانية: إذا تأمل القاضي وقوع الصلح بين الطرفين فله تأخير الحكم بناء على ذلك الأمل سواء كان الطرفان أقرباء أو أجانب انظر المادة «١٨٢٦». لأن القضاء يورث الحقد والعداوة بين الناس فيجب الإحتراز من ذلك بقدر الإمكان.

المسألة الثالثة: إذا طلب المدعي الإمهال لإقامة الشهود لإثبات دعواه فيمهل. كما أنه إذا ثبت المدعي دعواه فدفع المدعى عليه الدعوى وطلب الإمهال لإثبات دفعه فيسأل القاضي المدعى عليه عن دفعه فإذا وجده صحيحاً أمهله، أما إذا لم يكن صحيحاً فلا يجيبه انظر شرح المادة (١٨٢٣).

المسألة الرابعة: إذا استفتى القاضي علماء بلدته في مسألة ولم يعتمد على الفتوى التي أفتوها واستفتى من علماء بلدة أخرى فله تأخير الحكم حتى ترد إليه الفتوى (رد المحتار والأشباه والحموي).

---

(١) فإن أقام المدعي باثنين منهم في اليوم الثاني وشهدا على ذلك تقبل شهادتها ويقضى بالمال لأنه لما أعاد في اليوم الثاني تبين أن الراجع غيرهما فيقضى بشهادتها لأنه لا تهمة فيها (الولوالجية في الفصل الخامس من الدعوى).

الباب الثاني

في الحكم ويشتمل على فصلين

الفصل الأول

في بيان شروط الحكم

يذكر في هذا الفصل شرطان، أولهما سبق الدعوى، الثاني، حضور الطرفين حين الحكم.

المادة (١٨٢٩) ـ (يشترط في الحكم سبق الدعوى. وهو أنه يشترط في حكم القاضي في خصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء أحد على الآخر في ذلك الخصوص في أول الأمر ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى).

يشترط في الحكم الصريح القول سبق الدعوى الصحيحة أي يلزم في الحكم وجود الخصومة الشرعية. لأن القاضي لا يعلم حقوق الناس كما أنه لا يجبر الناس على استيفاء حقوقهم (الزيلعي في باب الاختلاف في الشهادة) وللناس أن يطالبوا بحقوقهم أو أن يتركوها وليس للقاضي حق التداخل في ذلك.

إذا كانت الخصومة الشرعية موجودة في الظاهر وفي نفس الأمر أيضاً فالدعوى والحكم صحيحان. أما إذا كانت الخصومة موجودة في الظاهر فقط وغير موجودة في نفس الأمر فقد اختلف في جواز الحكم المبني على ذلك. فعند بعض العلماء لا يجوز هذا الحكم وعليه لو علم القاضي أنه لا توجد خصومة حقيقية بين الطرفين وأن الدعوى التي أقاماها بعضهما على البعض ظاهراً هي وسيلة للاستحصال على حكم بطريق الاحتيال فلا يستمع الدعوى فإذا استمعها القاضي مع علمه بذلك فلا يعتبر الحكم الذي ترتب على تلك الدعوى، أما إذا حكم القاضي بدون علم بذلك فهو معذور وينفذ قضاؤه، وهذا الحكم جائز عند بعض الفقهاء فعلى ذلك لو وكل أحد آخر بطلب جميع حقوقه التي في البلدة الفلانية والادعاء بها وكان موكله غائباً وأراد إثبات وكالته فادعى الوكيل المذكور في حضور القاضي أن لموكله في ذمة المدعى عليه عشرين درهماً (حيث لا يمكنه إثبات وكالته رأساً ما لم يدع بمثل هذه الدعوى) وادعى في دعواه المذكورة أنه وكيل عن صاحب الحق فأقر المدعى عليه بأنه مدين لصاحب الحق إلّا أنه أنكر وكالة الوكيل فللوكيل إثبات وكالته ويحكم بموجبها (الحموي). كما أنه يحصل إثبات هلال رمضان والعيدين في زماننا هذا ضمن دعوى كهذه.

ويشترط في حكم القاضي بخصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء أحد على الآخر في ذلك الخصوص في أول الأمر ولا يصح الحكم من دون سبق دعوى. مثلاً لو ادعى أحد أنه وكيل عن فلان الغائب في الخصوص الفلاني وأراد إثبات أمر بدون وجود خصم يدعى ذلك الحق فلا يقبل (الحموي).

إيضاحات:

الحكم الصريح، أما في الحكم والقضاء الضمني فلا يشترط سبق الدعوى والخصومة وذلك:

أولاً: إذا شهد الشهود على الخصم الغائب في حق وذكروا اسم المشهود عليه واسم أبيه وحكم القاضي بذلك الحق فيكون قد حكم ضمناً بالنسب مع أنه لا توجد دعوى بالنسب أنظر مادة (٥٤) «الحموي».

ثانياً: إذا شهد الشهود أن فلانة زوجة فلان قد وكلت زوجها في الأمر الفلاني في الدعوى المقامة على الخصم المنكر وحكم بالتوكيل فيكون قد حكم ضمناً بالزوجية بينهما.

ثالثاً: لو وكل أحد آخر في الخصومة عنه في الدعوى المتكونة بينه وبين فلان على أن تكون الوكالة المذكورة معلقة على دخول شهر رمضان وادعى الوكيل المذكور لموكله حقاً بناء على الوكالة المذكورة فأقر المدعى عليه بالوكالة إلّا أنه أنكر دخول رمضان فأقام الوكيل شهوداً على رؤية هلال رمضان فيثبت هلال رمضان ضمن ثبوت الوكالة «الحموي».

رابعاً: إذا قام أحد دعوى على آخر قائلاً: إنك قد كفلت الدين الذي يثبت في ذمة فلان بأمره فأقر المدعى عليه بالكفالة بالأمر إلّا أنه أنكر الدين فأثبت المدعي الدين وحكم القاضي على المدعى عليه فيكون هذا الحكم حكماً على الكفيل قصداً وعلى الأصيل الغائب ضمناً حال كونه لم تسبق دعوى على الأصيل الغائب. وقد بأمره الوارد في هذه المسألة لا تأثير له على هذا الحكم ولكن له تأثير ودخل في رجوع الكفيل على الأصيل «الحموي».

الحكم القولي، أما الحكم الفعلي فلا يحتاج للدعوى وذلك إذا كان فعل القاضي محل الحكم فلا يشترط في ذلك الحكم سبق الدعوى.

مثلاً لو زوج القاضي الصغير الذي ليس له ولي أو باع مال اليتيم أو قسم عقاره أو اشترى مالاً لليتيم فهو حكم فعلي، ولا يشترط في هذه الأحكام الفعلية الدعوى الصحيحة حتى لو عرض الأمر إلى قاض آخر يرى عدم صلاحية القاضي لتزويج الصغير فليس لذلك القاضي أن ينقض حكم القاضي بتزويج الصغير كما بين في شرح المادة «١٨٣٨» (رد المحتار).

مستثنى - إن فعل القاضي في المسألتين الآتيتين ليس بحكم.

المسألة الأولى - إذا أذن ولي الصغيرة القاضي بتزويج الصغيرة فزوجها القاضي فلا يكون فعل القاضي حكماً بل يكون وكالة عن الولي.

المسألة الثانية ـ لو أعطى القاضي غلة الوقف الموقوفة على الفقراء لفقير فلا يعد هذا الفعل حكماً وله أن يعطي غلة ذلك الوقف الأخرى لفقير آخر «الدر المختار».

متعلق بحقوق الناس، أما في الأحكام المتعلقة بحقوق الله عز وجل فلا يشترط سبق الدعوى فيها كالطلاق حتى لو شهد شاهدان لدى القاضي أن فلاناً قد طلق زوجته ثلاثاً وأنه يعاشرها فيحكم القاضي بالطلاق ويفرق بينهما.

المادة (١٨٣٠) ـ (يشترط حضور الطرفين حين الحكم يعني يلزم عند النطق بالحكم بعد إجراء محاكمة الطرفين مواجهة حضورهما في مجلس الحكم، ولكن لو ادعى أحد على آخر خصوصاً وأقرّ به المدعى عليه ثم غاب قبل الحكم عن مجلس الحكم فللقاضي أن يحكم في غيابه بناء على إقراره، كذلك لو أنكر المدعى عليه دعوى المدعي، وأقام المدعي البيّنة في مواجهة المدعى عليه ثم غاب المدعي عليه عن مجلس الحكم أو توفي قبل التزكية والحكم فللقاضي أن يزكي البيّنة ويحكم بها).

كما أنه يشترط حسب المادة «١٦١٨» حضور الطرفين حين المحاكمة فكذلك يشترط حضورهما في مجلس المحاكمة حين الحكم أو حضور نائبهما يعني يلزم حضورهما في مجلس الحكم حين النطق بالحكم بعد إجراء المحاكمة بين الطرفين مواجهة لأنه لا يحكم للغائب في غيابه كما أنه لا يحكم عليه في غيابه سواء كان غائباً عن مجلس الحكم أو كان غائباً عن البلدة (الجوهرة).

إلّا أنه في المسألتين الآتيتين لا يشترط حضور المدعى عليه حين الحكم:

المسألة الأولى ـ لو ادعى أحد على آخر خصوصاً وأقرّ به المدعى عليه ثم غاب قبل الحكم عن مجلس الحكم فللقاضي أن يحكم في غيابه بناء على إقراره أي يلزم الغائب المقر بإقراره لأنه في حالة إقرار المدعى عليه بدعوى المدعي لا يكون القضاء والحكم قضاء في نفس الأمر بل يكون في الحقيقة إعانة للمقضى له (الشبلي). حيث ان حجية الإقرار غير متوقفة على حكم القاضي سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً أو إبراء، فعلى ذلك إذا كان المقر به عيناً وأقرّ الشخص الآخر الواضع اليد على ذلك المال بأنه ملك المدعي فيأمر القاضي الشخص المذكور بتسليم العين المذكورة للمدعي، وإذا كان المقرّ به ديناً فالمحكوم له يأخذ ذلك حينما يظفر بمال للمحكوم عليه من جنس مطلوبه «رد المحتار والفتح».

كذلك إذ أبرأ المدعي المدعى عليه من دعواه في حضور القاضي ثم تغيب المدعى عليه فللقاضي إعطاء الإعلام بالإبراء، والحكم الذي يكون على هذا الوجه يكون حكماً وجاهيا فلا يعترض عليه ولا يقام دفع ضده. لأنه لا يوجد طريق شرعي لرفع ذلك الإقرار والإبراء ما لم يدع بأنه ادعى المبلغ بعد الإقرار، وقد بيّن في المادة «١٨١٧» بأنه لا يسمع ادعاء الكذب في الإقرار

بعد صدور الحكم فلذلك لا يجوز الاعتراض في هذه المسألة على الحكم بادعاء الكذب في الإقرار، ولكن هل يجوز له الاعتراض على الحكم بدعوى أن الإقرار أو الإبراء كان مواضعة بينهما؟

المسألة الثانية ـ كذلك لو أنكر المدعى عليه دعوى المدعي وأقام المدعي البيّنة في مواجهة المدعى عليه ثم تغيب المدعى عليه عن مجلس الحكم أو توفي قبل التزكية والحكم فللقاضي على رواية عند الإمام أبي يوسف، الحكم في غيابه بعد تزكية البيّنة سراً وعلناً وتحقق أن الشهود عدول مقبولو الشهادة. ويعد الحكم في هذه المسألة أيضاً حكماً على الحاضر.

والحكم غيابياً على المدعى عليه في هذه المسألة الثانية مروية عن الإمام أبي يوسف وقد اختارتها المجلة لأن هذه الرواية أرفق بالناس وقد رجحت من طرف الخصاف أنظر المادة «١٨٠١» وشرحها (الخانية والولوالجية).

ويلزم تبليغ الحكم الذي يصدر على الوجه المذكور في المسألة إلى المدعى عليه وله الاعتراض على الحكم بأن يطعن في الشهود أي أن يدفع الدعوى.

ويكفي حضور نائب الطرفين حين الحكم. والنواب تسعة أنواع:

النوع الأول: وكيل المدعى عليه سواء كان وكيلاً للخصومة والدعوى كأن يوكل المدعى عليه وكيلاً ليجيب على الدعوى المقامة عليه من المدعي وأن يترافع معه وأن يترافع في مواجهة هذا الوكيل وأن يحكم القاضي في القضية. أو أن يكون وكيلاً لأجل القضاء وذلك هو الوكيل الذي يعين للحكم عليه بعد إقامة البيّنة من المدعي على الموكل عليه فإذا غاب الموكل بعد تعيين وكيل على هذا الوجه فيعطى الحكم الشرعي في مواجهة هذا الوكيل.

النوع الثاني: وصي الميت سواء أكان وصياً مختاراً أو وصياً منصوباً لأن الميت غائب ووصيه يقوم مقامه حقيقة (رد المحتار). وولي الصغير ووصي الوصي هما من هذا القبيل.

فترى الدعوى في مواجهة هؤلاء فإذا لزم الحكم عليهم فيحكم على الموكل الغائب أو الميت و الصغير ويبيّن أن الحكم على الغائب كان في مواجهة وكيله وعلى الميت أو الصغير في مواجهة وصيه أو وليه ولا يصدر الحكم على الوكيل أو الوصي أو الولي بالذات.

النوع الثالث: متولي الوقف، فيحكم القاضي في الأمور المتعلقة بالوقف على الواقف وقد بينت صورة ذلك في شرح المادة «٩٢٨» ويحكم في الأمور المتعلقة بالوقف على الوقف «رد المحتار»

النوع الرابع: أن ينوب أحد الورثة عن باقي الورثة وتفصيل ذلك قد بيّن في شرح المادة «١٦٤٨».

النوع الخامس: يكون أحد شريكي الدين حتى في غير الإرث خصماً عن الآخر عند الامامين ونائباً وقول الامامين هذا هو استحساني (الخانية).

مثلاً لو ادعى أحد من آخر قائلاً: إن لي ولفلان الغائب بالاشتراك في ذمة هذا المدعى عليه

عشرة دنانير وأثبت ذلك فالقاضي يحكم على المدعى عليه بالعشرة دنانير إلّا أن المدعي يأخذ عند إجراء الحكم حصته الخمسة دنانير فقط وأما الخمسة الأخرى فيأخذها الغائب عند قدومه فإذا جاء الغائب وصدق المدعي الحاضر يجري حكم مادتي «١١٠١ و١١٠٥» (جامع الفصولين).

وصورة الدين المبيّنة في هذا النوع الخامس أن يكون الدين للمدعي ولشريكه الغائب. أما الصورة الأخرى فتبيّن في النوع السادس.

أما عند الإمام الأعظم فلا يكون أحد الشريكين في الدين خصماً عن الآخر في غير الإرث. وقول الإمام الأعظم قياسي أنظر شرح المادة«١٦٤٣». ولذلك فإذا ادعى أحد الاستحقاق في عقار يتصرف به أربعة أشخاص في مواجهة إثنين منهم وأثبت دعواه فيلزمه أن يثبت دعواه أيضاً في مواجهة الاثنين الآخرين. إذا لم يكن الاشتراك غير حاصل من الإرث ولم يكن المدعى عليهما الاثنان هما الواضعي اليد فقط (فتاوي ابن السعود في الشهادة).

ويحكم القاضي في المثال المذكور آنفاً بالخمسة دنانير حصة المدعي فقط ولا يحكم بمجموع العشرة دنانير وعند قدوم الغائب يكون مخيراً على الوجه المبين في المادتين (١١٠١و ١١٠٥).

النوع السادس: أن يكون أحد المدينين نائباً عن المدين الآخر تجاه الدائن؛ مثلًا لو كان لأحد عشرة دنانير في ذمة زيد وعمرو فدعى عمرو إلى المحاكمة في غياب زيد وأثبت الدائن أن له في ذمة الاثنين عشرة دنانير فيحكم على زيد وعمرو باداء العشرة دنانير على رواية من الإمام الأعظم، وفي رواية أخرى عن الإمام الأعظم وقد قال بها الإمام أبو يوسف أيضاً: انه يحكم بحصة عمرو فقط ولا يسري الحكم على زيد الغائب.

النوع السابع: الأجنبي الذي في يده مال الميت على رأي بعض المشايخ، مثلًا لو وهب الميت في مرض موته جميع ماله لشخص وسلمه له أو أوصى به ثم توفي فدعوى الدين على المتوفي تسمع مواجهة ذلك الشخص الأجنبي الموهوب له أو الموصى له وبذلك يكون الأجنبي نائباً عن المتوفي وعند بعض المشائخ لا يكون ذلك الأجنبي خصماً في تلك الدعوى والقاضي يعين خصماً أي وصياً عن الميت ويستمع بينة مدعي الدين.

النوع الثامن: يكون بعض الموقوف عليهم خصماً عن البعض الآخر إذا كان الوقف ثابتاً، أما إذا لم يكن ثابتاً وأريد إثبات الوقفية فلا يكون خصماً «رد المحتار والدر المختار».

مثلًا إذا كان وقف موقوفاً على اخوين فتوفي أحد الموقوف عليهما فبقي الوقف تحت يد الموقوف عليه الحي مع أولاد المتوفي فاقام الأخ الحي على أحد أولاد أخيه المتوفي بأن الوقف مشروط للأولاد بطناً بعد بطن فتسمع هذه الدعوى والبينة ولو كان باقي أولاد الأخ غائبين والمدعى عليه الواحد يعد خصماً عن الآخرين ونائباً عنهم.

النوع التاسع: النائب حكما [1] وهو أن يكون الشيء المدعى به على الغائب سبباً في كل

(١) أي بأن يكون قيامه عنه حكماً لأمر لازم «الفتح».

الأحوال للشيء المدعى به على الحاضر وقول، في كل الأحوال هو للاحتراز من الذي يكون سبباً في حال وغير سبب في حال آخر كما سيبين قريباً وكذلك قد احترز بقول (سبب) من أن يكون شرطاً كما سيوضح ذلك قريباً.

مثل أنه قد احترز في هذا النوع التاسع (من الذي يكون سبباً في حال وغير سبب في حال آخر) لأنه في هذه الصورة يقبل في حق الحاضر فقط ولا يقبل في حق الغائب؛ مثلاً لو ادعى أحد على امرأة **قائلاً**: (ان زوجك فلاناً قد وكلني بالذهاب بك إليه وسأذهب بك وادعت الزوجة أن زوجها طلقها ثلاثاً، وأقامت البينة وأثبتت مدعاها فتقبل هذه البينة في حق الوكيل الحاضر لقصر يده عن الزوجة ولا يقبل في حق الغائب ولا يثبت الطلاق بذلك[١].

كذلك إذا كان سبباً للبقاء وقت الدعوى فقط فلا يقبل مطلقاً.

مثلاً؛ لو باع أحد ماله بيعاً فاسداً لآخر وسلمه له ثم ادعى على المشتري بطلب فسخ البيع بناء على فساده فادعى المشتري بأنه باع المبيع إلى فلان وأنه لم يبق للبائع حق فسخ البيع حسب المادة «٣٧٢» فلا يقبل ادعاء المشتري هذا في دفع دعوى البائع الحاضر المحاكمة في طلب فسخ البيع كما أنها لا تقبل في حق شراء الغائب لأن نفس البيع لم يكن سبباً لبطلان حق الفسخ إذ من الجائز أن يكون قد أقيل البيع بعد البيع للغائب حتى أن الشهود لو شهدوا على بقاء البيع لحين الدعوى فلا يقبل لأنه مادام أنه لم يكن خصماً لإثبات نفس البيع فلا يكون خصماً لإثبات بقائه لأن البقاء تابع للإبتداء (رد المحتار).

قد ذكر عند إيضاح الفرع التاسع أنه احترز بقيد سبب من الشرط لأنه إذا كان الشيء الذي ادعاه المدعي على الغائب شرطاً للشيء الذي ادعاه على الحاضر فينظر.

فإذا كان الغائب يتضرر بالشرط فلا تقبل بينة المدعي لا على الحاضر ولا على الغائب. مثلاً لو ادعت امرأة على زوجها قائلة: قد علقت طلاقي على تطليق فلان الغائب لزوجته وأرادت اقامة البينة على تطليق الغائب لزوجته فلا تقبل.

أما إذا لم يتضرر الغائب بالشرط فيقبل مثلاً لو ادعت الزوجة على زوجها قائلة: قد علقت

---

(١) فإن المدعي هنا على الغائب هو الطلاق ليس سبباً لا محالة لما يدعي على الحاضر وهو قصر يد بانعزاله عن الوكالة لأنه قد يتحقق الطلاق بدون انعزال وكيل ثان لا يكون هناك وكالة أصلاً وقد يتحقق موجباً للانعزال بأن كان بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق فمن حيث أنه ليس سبباً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر خصماً عن الغائب ومن حيث أنه قد يكون سبباً قبلنا البينة في حق الحاضر بقصر يده وانعزاله (رد المحتار) رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك إنما هي لفلان فأقام الشفيع البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا حق الغائب لأن المدعي شيئان والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سبباً لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لأنه لو فسخ بعد الشراء وازالها عن ملكه بسبب من الأسباب لا يكون له شفعة وإنما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو أقام البينة على البقاء لم تقبل أيضاً لما ذكرنا (الفتح).

طلاقي على دخول فلان الغائب في بيته وقد دخل الغائب المذكور في بيته وأقامت البينة على ذلك فتقبل لأنه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال في الشرط أيضاً تقبل مطلقاً كما في النسب منهم على اليزدوي لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضاً «الزيلعي ورد المحتار».

وهذا النوع التاسع يكون على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون الحق الذي يدعيه المدعي على الحاضر والغائب شيئاً واحداً ويتفرع على ذلك المسائل الآتية:

المسألة الأولى ـ إذا ادعى المدعي الدار التي في يد المدعى عليه قائلاً: إنها ملكي وأنكر المدعى عليه فأثبت المدعي فاقام المدعي الخارج الذي يدعي ملكية الدار بينة تثبت أنه اشترى الدار المذكورة من مالكها فلان الغائب فيحكم بموجب هذه البينة المدعى عليه والغائب معاً حتى أنه لو حضر الغائب وأنكر البيع فلا يعتبر لأن الاشتراء من المالك «وهو الأمر المدعى به في هذه المسألة» هو سبب للملكية بلا شك وقد ادعيت الملكية في ذلك من الحاضر (الدر المختار ورد المحتار والزيلعي والعناية).

قد ذكر في تصوير الدعوى عبارة، من مالكها، لأن مجرد الشراء لا يثبت الملكية للمشتري إذ من الجائز أن يكون بائع المبيع غير مالك بأن يكون فضولياً في بيعه (رد المحتار).

المسألة الثانية ـ لو ادعى أحد الدار التي في يد آخر قائلاً: إن هذه الدار التي في يد المدعى عليه كانت ملكاً لفلان الغائب وقد اشتراها منه وانني شفيع بها واطلبها بالشفعة وادعى ذو اليد أن تلك الدار ملكه أصلاً وإنه لم يشترها من أحد فإذا اقام المدعي بينة تثبت أن المدعى عليه قد اشترى الدار المذكورة من الغائب المذكور فيحكم بتلك البينة المدعى عليه والغائب معاً لأن المدعى بـه شيء واحد في هذه الدعوى وهو الدار كما أن الشراء المدعى به على الغائب في هذه الصورة هو سبب لثبوت الشيء المدعى به على الحاضر لأن الشراء من المالك هو سبب لا محالة لملكية المشتري (الزيلعي).

المسألة الثالثة ـ لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمة فلان الغائب عشرة دنانير وأن هذا المدعى عليه هو كفيل على ذلك بأمره وأثبت الدين والكفالة فيحكم على الغائب والحاضر معاً لأنها كالمعاوضة لو لم يقل بأمره لا يقض على الغائب (رد المحتار والزيلعي).

المسألة الرابعة ـ لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن هذا المدعى عليه مع فلان الغائب قد كفلا الدين العشرة دنانير المطلوبة لي من ذمة فلان كما انهما قد كفلا بعضهما بالمال وأثبت دعواه وحكم القاضي فيكون هذا الحكم حكماً على الكفيل الغائب وعلى المدين الغائب أيضاً «الخانية».

المسألة الخامسة ـ لو ادعى أحد في مواجهة آخر قائلاً: إن هذا المدعى عليه قد كفل جميع الدين الذي يثبت لي في ذمة فلان وأن في ذمة فلان المكفول المذكور عشرة دنانير قبل الكفالة وهي

في ذمته للآن وأثبت ذلك فيكون الحكم على الكفيل الحاضر وعلى المكفول عنه الغائب ولا يلزم تجديد الدعوى وإثباتها ثانية عند حضور الغائب كما أنه لا يلزم في هذه الدعوى أن يذكر أن هذا الكفيل قد كفل بأمر الغائب. ولا يحتاج إلى دعوى الكفالة بأمره بخلاف الأولى لأن الكفالة المطلقة لا توجب المال على الكفيل ما لم توجبه على الأصيل فصار كأنه علق الكفالة بوجوب المال على الأصيل فانتصب عن الغائب خصماً «رد المحتار».

وقد ورد في الخانية: رجل باع من رجلين متاعاً بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بأمره فإنه يقضي له على الحاضر بألف درهم وإذا حضر الغائب لم يكن للمدعي أن يأخذه إلا بخمسمائة وهي الأصلية لأن القضاء على الكفيل بألف قضاء على الأصيل أما القضاء على الأصيل لا يكون قضاء على الكفيل، وفي مسألتنا القضاء على الأول في النصف الذي كان كفيلاً كان قضاء على الغائب أما القضاء عليه فيما كان اصيلاً لا يكون قضاء على الغائب.

المسألة السادسة ـ لو قال أحد لآخر: مهما بعت لفلان فهو علي ثم ادعى بعد ذلك قائلاً: قد بعت الشخص المذكور فرسي بألف درهم فادها لي حسب كفالتك وأثبت البيع فيحكم على المشتري بالشراء ويحكم على المدعى عليه بالألف درهم «رد المحتار».

المسألة السابعـة ـ لو قال أحد لآخر: اكفلني على المبلغ الذي سيقرضني إياه هذا الرجل فكفله على هذا الوجه ثم ادعى الكفيل على المكفول عنه قائلاً: إن ذلك الرجل قد اقرضك عشرة دنانير وسلمها لك وقد اديتها للدائن بكفالتي عنك فادها لي وأثبت الاقراض والإيفاء فيحكم بالاقراض وتأدية الكفيل ويأخذ الكفيل من المكفول عنه العشرة دنانير «رد المحتار».

المسألة الثامنة ـ إذا أثبت الكفيل بالأمر أيضاً الدين في مواجهة الأصيل فيحكم على المكفول عنه باداء المكفول به للمدعي كما أنه يكون قد حكم على الدائن الغائب بأنه قد استوفى مطلوبه (رد المحتار).

المسألة التاسعة ـ إذا ادعى المحال له أن له ديناً عند فلان عشرة دنانير وأنه أحال المبلغ المذكور على هذا الرجل وأن ثلاثتهم قد قبلوا الحوالة وأثبت ذلك فتثبت مشغولية ذمة الغائب بالدين كما أنه يحكم على المذكور بإيفاء المحال به (رد المحتار).

المسألة العاشرة ـ لو ادعى أحد على آخر قائلاً: كان لفلان في ذمتك عشرة دنانير وقد حولت ذلك الرجل علي بالمبلغ المذكور وبعد أن قبلت الحوالة بأمرك قد أوفيت المحال به له وانني ارجع عليك وأثبت ذلك بالبينة فكما أنه يثبت قبض الغائب يلزم أيضاً الحكم على المدعى عليه باداء المبلغ المذكور.

وفي هذه الصورة قد قبلت البينة على الغائب وثبت الحق على الغائب والحاضر معاً ويجب على الغائب عند قدومه أن يؤدي الحق الثابت عليه ولا يلتفت إلى إنكاره كما أنه لا يكون المدعي ملزماً لإعادة البينة (رد المحتار والزيلعي).

الوجه الثاني: أن يكون الشيء الذي يدعيه من الحاضر والغائب حقين غير قابل انفكاكهما؛ مثلاً لو قتل أحد آخر عمداً وكان للمقتول وليان وكان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فادعى الولي الحاضر أن الولي الغائب قد عفا عن القاتل في حصته وأن حصته أي الحاضر قد انقلبت إلى مال وانكر القاتل ذلك، فإذا أقام المدعي البينة على ذلك فتقبل ويحكم بها على الغائب والحاضر معاً «الزيلعي».

المادة (١٨٣١) - (إذا حضر المدعى عليه بالذات إلى مجلس الحكم بعد إقامة البينة في مواجهة وكيله فللقاضي أن يحكم بتلك البينة على المدعى عليه وبالعكس إذا حضر وكيل المدعى عليه المجلس بعد إقامة البينة في مواجهة المدعى عليه فللقاضي أن يحكم بتلك البينة على الوكيل).

إذا حضر المدعى عليه بالذات مجلس الحكم بعد إقامة البينة في مواجهة وكيله فللقاضي أن يحكم بتلك البينة على المدعى عليه ولا حاجة لإعادة البينة مرة ثانية في مواجهة المدعى عليه وبالعكس إذا حضر وكيل المدعى عليه المجلس بعد إقامة البينة في مواجهة المدعى عليه فللقاضي أن يحكم بتلك البينة في مواجهة الوكيل على المدعى عليه ولا حاجة لإعادة البينة مرة ثانية في مواجهة الوكيل انظر شرح المادة (١٨٣٠).

كذلك إذا حضر وارث المدعى عليه مجلس الحكم بعد إقامة البينة في مواجهة المدعى عليه المورث قبل وفاته فيحكم القاضي بتلك البينة على المتوفي في مواجهة الوارث المذكور، أما إذا كان وارث المتوفي غائباً وغير معلوم محل إقامته فينصب القاضي بطلب الخصم وكيلاً له ويحكم القاضي بتلك البينة في مواجهة الوكيل المذكور.

كذلك إذا بلغ الصغير بعد إقامة البينة في مواجهة وليه أو وصيه فيحكم القاضي بتلك البينة على ذلك الصغير البالغ.

إيضاحات:

إن تعبير (بينة) ليس احترازياً إذ الحكم في جزء البينة هو على هذا المنوال أيضاً. فكما أن إقامة كل البينة معتبر فإقامة جزء منها معتبر أيضاً، مثلاً لو أقام المدعي في مواجهة وكيل المدعى عليه شاهداً واحداً وأقام في مواجهة المدعى عليه بالذات شاهداً آخر فهو جائز كما أنه لو أقام في مواجهة المورث شاهداً وأقام شاهداً آخر في مواجهة الورثة بعد وفاة المورث فيقبل.

كذلك لو نصب أحد وكيلين في دعوى مقامة عليه فأقام المدعي في مواجهة أحد هذين الوكيلين شاهداً وفي مواجهة الوكيل الآخر شاهداً آخر فيقبل «الهندية».

كذلك لو كان للمتوفي وصيان وأقام المدعي في مواجهة أحدهما شاهداً وأقام في مواجهة الوصي الثاني شاهداً آخر فيقبل (الأنقروي والهندية والخانية).

المادة (١٨٣٢) - (للقاضي في الدعوى التي توجه الخصومة فيها إلى جميع الورثة أن يحكم بالبينة التي أقيمت في مواجهة أحد الورثة إذا غاب ذلك الوارث قبل الحكم على الوارث الآخر الذي أحضر في الدعوى ولا حاجة إلى إعادة البينة).

للقاضي في الدعوى التي توجه الخصومة فيها إلى جميع الورثة، وهي الدعاوى التي سبق تفصيلها في المادة «١٦٤٣» أن يحكم بالبينة التي أقيمت في مواجهة أحد الورثة إذا غاب ذلك الوارث قبل الحكم على المتوفي في مواجهة الوارث الآخر الذي أحضر في الدعوى ولا حاجة لإعادة البينة في مواجهة الوارث الآخر انظر شرح المادة «١٣٨».

الفصل الثاني

في بيان الحكم الغيابي

يجوز عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى الحكم على الغائب لأنه قد ثبت وظهر الحق عند القاضي بالبينة وقد ورد في الحديث الشريف (إن البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ولم يشترط حضور المدعى عليه فاشتراط حضور المدعى عليه هو زيادة بلا دليل (الفتح).

مثلاً إذا ذهب المدعي إلى حضور القاضي وادعى أن له في ذمة زيد الغائب عشرين ديناراً وأثبت ذلك بالبينة بدون تعيين وكيل مسخر على الغائب فللقاضي أن يحكم على الغائب بأداء المبلغ المذكور.

أما الأئمة الحنفية فقد أجمعوا واتفقوا على عدم جواز الحكم على الغائب (رد المحتار)، سواء كان غائباً عن مجلس الحكم وحاضراً في البلدة أو كان غائباً عن البلدة. لأن النبي ﷺ قال لعلي كرم الله وجهه (لا تحكم لأحد الأخصام ما لم تسمع كلام الخصم الآخر لأنك عند سماعك كلام الآخر تعرف ماذا يجب أن تحكم به أي أنه يعلم كيفية الحكم بعد كلام المدعى عليه فإذا أقر يحكم بإقراره، وإذا أنكر وثبت المدعي يحكم عليه بالبينة ولا سيما أن الحكم هو لقطع النزاع فإذا لم يحضر الخصم فلا يكون نزاع لعدم العلم بإنكاره فإذا لم يحضر الخصم الآخر لا يصح الحكم الذي هو بمعنى قطع النزاع كما أنه إذا لم يحضر الخصم مجلس الحكم يكون إقراره وإنكاره محتملاً وبما أن أحكام الإقرار والإنكار مختلفة فيكون في هذا الحال وجه القضاء مشتبهاً فيه لأن الحكم بالإقرار اختصار والحكم بالبينة تعدية كما بين في شرح المادة (٧٨) «الزيلعي والشبلي».

فلذلك لو كان لأحد في ذمة آخر عشرة دنانير وراجع الدائن القاضي وأثبت دينه في غياب المدعى عليه عن مجلس الحكم ببينة عادلة فلا يحكم القاضي على المدعى عليه الغائب.

إن المادة (١٨١٨) متفرعة على عدم جواز الحكم على الغائب كما أن المادة «١٨٣٠» متفرعة عن ذلك.

الحكم غيابياً على مذهب الشافعي: إذا حكم القاضي الشافعي الذي يجيز الحكم على الغائب، على الغائب فينفذ حكمه كما أنه لو حكم القاضي الحنفي المذهب الذي يجيز مذهبه الحكم على الغائب على الغائب اتباعاً للمذهب الشافعي فينفذ الحكم المذكور على أصح الرواية المروية عن الأصحاب الحنفية انظر المادة «١٨٠١» **(الولوالجية)**.

وبما أن المحاكم الشرعية في زماننا تصدر أحكاماً غيابية على الخصم الغير المتواري المقيم في بيته أو المشتغل في وظيفته أو أعماله وبما أن الحكم الغيابي المبحوث عنه في المادة «١٨٣٤» من المجلة هو حق الخصم المتواري على رأي الأئمة الحنفية فأكثر الأحكام الغيابية في زماننا توافق مذهب الشافعي.

إلا أن اصدار الحكم الغيابي في المذهب الشافعي يتوقف «أولاً» على ثبوت الدعوى بالبينة. (ثانياً) على تحليف المدعي احتياطاً يمين استظهار على الوجه الآتي وهو: أن المدعى به هو حق لازم أداؤه على الغائب. وفي هذه الحالة قد أصبح تلفيق في هذه الأحكام الغيابية يعني أن إصدار الحكم الغيابي على الخصم الغير المتواري هو على مذهب الإمام الشافعي وإصدار الحكم بلا يمين هو على مذهب الإمام الحنفي ولذلك يرد سؤال على هذه الأحكام بعدم جواز التلفيق.

إن الأصل والقاعدة هو عدم جواز الحكم على الغائب فإذا لم يكن ممكناً إحضار الخصم أي إجباره على الحضور إلى المحاكمة فإن ذلك يستوجب ضياع حق المدعي فلزمت المحاكمة والحكم غيابياً دفعاً للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع وقد أفتى خواهر زاده بجواز الحكم الغيابي على الخصم المتواري فقط «رد المحتار».

وإن شرط استماع الدعوى على الغائب في مواجهة الوكيل المسخر الذي ينصبه القاضي الوارد ذكره في المواد الآتية، أن يكون الغائب مقيماً داخل ولاية ذلك القاضي فليس لقاضي دمشق أن ينصب وكيلاً مسخراً على المدعى عليه المقيم في مدينة بغداد وأن يحكم عليه في مواجهة ذلك الوكيل انظر المادة «١٨٠١» وشرحها «رد المحتار».

المادة (١٨٣٣) ـ (يدعى المدعى عليه بناء على طلب واستدعاء المدعي إلى المحكمة من قبل القاضي فإذا امتنع عن الحضور إلى المحكمة وعن إرسال وكيل من دون أن يكون له عذر شرعي يحضر إلى المحاكمة جبراً).

يدعى المدعى عليه بناء على طلب واستدعاء المدعي أي بعد إجراء الأصول المبنية في شرح المادة «١٦١٨» إلى المحاكمة من قبل القاضي بواسطة محضر المحكمة.

وكانت أصول هذه الدعوى في الأوائل أن يرسل المحضر إلى المدعى عليه فيبلغه شفاهياً ويحضر الخصم إلى مجلس القاضي فإذا لم يجب المدعى عليه الدعوة التي تبلغها من المحضر المرسل من قبل القاضي فيصبح ذلك المدعى عليه مستحقاً للتعزير (واقعات المفتين) أما في زماننا فدعوة الخصم إلى المحاكمة تحصل بإرسال ورقة تدعى (دعوتية) تبلغ إلى المدعى عليه بواسطة المحضر كما سيذكر ذلك في المادة (١٨٣٤) الآتية الذكر. ويؤدى للمحضر أجرة مناسبة وهذه الأجرة تلزم المدعي عند بعض الفقهاء وعند بعض الفضلاء تلزم المدعى عليه المتمرد عن الحضور وقد أفتى مشائخ المسلمين بالقول الثاني. وفي نتيجة الفتاوي توجد فتوى شريفة بذلك.

أما التمرد فيفهم على الوجه الآتي: وهو أن القاضي يرسل ابتداء محضراً للمدعى عليه فيدعوه للمحاكمة وأجرة هذا المحضر تلزم المدعي فإذا تمرد المدعى عليه عن الحضور للمحكمة وامتنع عن ذلك فيجري الإشهاد على تمرده فإذا أرسل القاضي بعد ذلك المحضر ثانياً فتلزم أجرة المحضر في المرة الثانية على المدعى عليه لتمرده استحساناً للزجر «النتيجة».

وقد وضحت الخانية التمرد على الوجه الآتي:

يأخذ المدعي مراسلة مختومة بختم القاضي لتبليغها للخصم تتضمن دعوته إلى المحاكمة ويبلغ المدعي هذه المراسلة لخصمه ويفهمه بأنها من قبل القاضي فإذا رد الخصم المراسلة وامتنع عن الحضور إلى مجلس القاضي فيجري المدعي الإشهاد على الإمتناع والتمرد وإذا سكت الخصم بأن لم يرد ولم يجب أو وعد بالإجابة ثم خالف بعد ذلك فيعد متمرداً فالقاضي يحضر المدعى عليه جبراً بواسطة المحضر أو الشرطي ويأخذ الأجرة من المدعى عليه زجراً له ويعزره لتمرده.

والأجرة المذكورة تختلف بنسبة المسافة التي يقطعها المحضر يعني إذا كان المدعى عليه في داخل البلدة التي توجد فيها المحكمة فتكون أجرة المحضر أقل من أجرته فيما إذا كان المدعى عليه مقيماً خارج البلدة.

فإن امتنع عن الحضور وعن إرسال وكيل إلى المحاكمة من دون أن يكون له عذر شرعي كأن يكون المدعى عليه مريضاً أو امرأة مخدرة فيحضر إليها جبراً.

ويستعين القاضي بالوالي وبأفراد الشرطة في إحضار المدعى عليه «رد المحتار والولوالجية».

أما إذا كان المدعى عليه مريضاً بحيث إذا جاء المحاكمة ماشياً يوجب ذلك اشتداد مرضه أو كان امرأة مخدرة فلا يجبر على الحضور توفيقاً للمادة «١٩» وفي هذا الحال إذا كان القاضي مأذوناً

بنصب النائب يرسل نائبه مع المدعي إلى المريض أو المخدرة ويستمع دعواه ويفصل فيها.

ولكن لا يجوز إجبار أحد من أجل إحضار المدعى عليه، يعني لا يجوز لأحد أن يجبر آخر لإحضار خصمه إلى مجلس الحكم. فلذلك إذا كانت المدعى عليها زوجة فليس للمدعي أن يقول لزوج المدعى عليها احضر زوجتك للمحاكمة وأن يجبره على إحضارها ولكن يجبر الكفيل بالنفس لإحضار المكفول عنه إذا كان الكفيل مقتدراً على إحضاره «انظر المادة «٦٤٢».

المادة (١٨٣٤) - (إذا امتنع المدعى عليه من الحضور من إرسال وكيل إلى المحكمة ولم يمكن جلبه وإحضاره يدعى إلى المحاكمة بطلب المدعي بأن يرسل إليه ثلاث مرات ورقة الدعوى المخصوصة بالمحكمة في أيام مختلفة فإن لم يحضر أيضاً يفهمه القاضي بأنه سينصب له وكيلاً وسيسمع دعوى المدعي وبينته فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد ذلك إلى المحاكمة ولم يرسل وكيلاً نصب القاضي له وكيلاً يحافظ على حقوقه وسمع الدعوى والبينة في مواجهة الوكيل المذكور ودققها فإذا تحقق أنها مقارنة للصحة حكم بالدعوى بعد الثبوت)

إذا امتنع أو اختفى المدعى عليه من الحضور ومن إرسال وكيل إلى المحكمة ولم يمكن جلبه أو إحضاره جبراً حسب المادة الآنفة، ويدعى الخصم المتواري، يدعى إلى المحاكمة بطلب المدعي بأن يرسل إليه ورقة إحضار يذكر فيها اليوم الذي يجب حضوره فيه إلى المحاكمة مع بيان اسم وشهرة المدعي وترسل هذه الورقة إليه على ثلاث مرات ويفهم المدعى عليه فيها بأنها مرسلة له من القاضي وانه مدعو للمحاكمة فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد دعوته ثلاث مرات على الوجه المشروح فيه فيفهمه القاضي بأن يرسل رسالة له: بأنه سينصب عنه وكيلاً وأنه سيستمع دعوى المدعي وبينته في مَواجهة ذلك الوكيل، ويفهم من ظاهر العبارة أن هذا التفهيم يكون بإرسال رسالة بعد إرسال ثلاث دعوات للحضور. وقد كانت هذه مرعية لوقت قريب في المحاكم الشرعية إلا أنه قد ألغي أخيراً أصول إرسال رسالة للمدعى عليه بعد الدعوات الثلاث. وقد قال جميع فقهاء الحنفية بجواز الحكم غياباً على الخصم المتواري ولم تكن هذه المادة مبينة على قول الإمام الشافعي «رد المحتار والولوالجية والحموي».

وترسل ورقة (الدعوتية) ثلاث مرات للمدعى عليه كما هو مذكور في المجلة ويخطر في كل دفعة منها على الوجه السالف الذكر ويجوز إرسال الدعوتيات الثلاثة يوماً بعد يوم كما أنه يجوز أن يكـون بين كل دعوتية والأخرى يومين أو ثلاثة.

ومن الأصول كتابة ورقة الدعوتية على الوجه الآتي:

إلى فلان بن فلان المقيم في المحلة الفلانية في الشارع الفلاني في الدار نمرة كذا الذي يمتهن حرفة كذا. قد تقدم استدعاء من أحمد بن سلمان إلى هذه المحكمة يدعي فيها عليك بدين عشرة دنانير وقد طلب حضوركم إلى هذه المحكمة وقد عينت الساعة الفلانية من اليوم الفلاني لإجراء المحاكمة بينكما فأخطرك بلزوم الحضور إلى المحكمة في تلك الساعة أو بإرسال وكيل عنك وفي حال عدم إجابتك سيعين وكيل مسخر عنك وتجري المحاكمة في غيابك وسيحكم عليك في حال ثبوت الدعوى. وهذا هو الإخطار الأول أو الثاني أو الثالث إليك.

لزوم إرسال ورقة الدعوتية ثلاث مرات:

قد حرر في المجلة لزوم إرسال الدعوتية وتبليغها للمدعى عليه ثلاث مرات استنباطاً من النقل الآتي الذكر الذي ذكره الفقهاء.

ذكر في شرح أدب القاضي: لو قال رجل للقاضي: لي على فلان حق وقد توارى عني في منزله فالقاضي يكتب إلى الوالي في إحضاره فإن لم يظفر به وسأل الطالب الختم على بابه فإن أتى بشاهدين أنه في منزله وقالا رأيناه منذ ثلاثة أيام أو أقل ختم على منزله لا إن زاد عن ثلاثة. والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي فاذا ختم وطلب المدعي أن ينصب له وكيل بعث القاضي إلى داره رسولاً مع شاهدين ينادي بحضرتها ثلاثة أيام في كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان إن القاضي يقول لك احضر مع خصمك فلان مجلس الحكم وإلا نصبت لك وكيلاً وقبلت بينته عليك فإن لم يخرج نصب وكيلاً وسمع شهود المدعي وحكم عليه بمحضر وكيله، انتهى ملخصا (رد المحتار).

إن كيفية التبليغ الذي قبلته المجلة لم يكن مطابقاً تماماً لهذا النقل.

وتكرار التبليغ ثلاث مرات هو للاحتياط في بعض المسائل ومشعر بالأولوية كتكليف القاضي المنكر لحلف اليمين ثلاث مرات أنظر شرح المادة (١٧١٨). فإذا كان تبليغ ورقة الدعوتية ثلاث مرات هو من هذا القبيل فالاكتفاء بواحدة منها موجب للتسهيل، وقد ورد في الخانية في مبحث. فصل فيما يقضي في المجتهدات وما ينفذ قضاؤه فيه وما لا ينفذ. إذا سمع القاضي البيّنة على الغائب الذي ليس له وكيل وحكم عليه فالحكم ينفذ كما ذكر ذلك السرخسي وخواهر زاده.

والمقصد من هذه الإيضاحات أنه إذا كان من الجائز الحكم غياباً على الغائب بعد تبليغ دعوة واحدة الرجاء أن تعدل المادة على هذا الشكل ويسهل الأمر على الناس.

فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد ذلك إلى المحاكمة ولم يرسل وكيلاً إليها فينصب القاضي له وكيلاً يحافظ على حقوقه وسمع الدعوى والبيّنة في مواجهته ودققها فإذا تحقق أنها مقارنة للصحة حكم بعد الثبوت على الغائب في مواجهة الوكيل المذكور لأن القاضي مأمور بإيصال الحقوق إلى مستحقيها ولا يمكن القاضي إيصال الحق بغير هذا الوجه (الولواجية) وإذا لم يحكم القاضي غياباً على هذه الصورة فيؤدي ذلك إلى تضييع الحقوق (الفتح).

وكيلا يحافظ على حقوقه: وظيفة الوكيل المسخر هي عبارة عن إنكار المدعى به بالنيابة عن الغائب وبما أنه تقام الحجة والبيّنة على المنكر فيكون قد فتح بهذا الإنكار طريق لإثبات الدعوى إذ ليس للوكيل المسخر أن يدفع بالنيابة عن موكله أي ليس له أن يدفع الدعوى بقوله إن موكلي قد دفع المبلغ المدعى به أو أن المدعي قد أبرأ موكلي وليس له أن يتصدى لإثبات هذا الدفع أو تكليف المدعي لحلف اليمين لأن الدفع من صفة المدعي ولا يعين للمدعي وكيل مسخر كما أن هذه الدفوع صادرة عن الوكيل المسخر الذي ليس له أي علم بحقيقة الأمر إذ يكون الدفع المذكور كذباً محضاً منه فليس له إجراء هذه المعاملات في مجلس القضاء.

سؤال ـ إن الوكيل المسخر ينكر حق المدعي على المدعى عليه الغائب مع عدم علمه بأن له حقاً أو لم يكن له حق فيكون إنكاره غير مطابق لنفس الأمر؟

الجواب ـ عدم حق المدعي هو بمقتضى المادة الثامنة فبهذا الاعتبار لا يكون الإنكار الواقع كذباً .

مثلاً إذا ادعى المدعي عشرة دنانير من جهة القرض فلم يجب المدعى عليه الدعوة ورؤيت الدعوى في مواجهة الوكيل المسخر فيطلب من المدعي بيّنة مطابقة لدعواه إذ ليس للوكيل المسخر أن يقرّ عن الغائب وإذا أقرّ يلزم القاضي للغائب بإقراره فإذا أثبت المدعي بشهود ان له في ذمة الغائب عشرة دنانير. وجرت تزكية الشهود سراً وعلناً وتبيّن أنهم عدول ومقبولو الشهادة فيحكم بتحصيل المبلغ المذكور من المدعى عليه الغائب. وإذا حضر المحكوم عليه فله دفع لدعوى بقوله: قد أديت لك هذا المبلغ أو أنك أبرأتني من كافة الدعاوى أو ان للشهود في الدعوى جر مغنم كذا أو دفع مغرم كذا وبذلك يكون حق المدعى عليه محفوظاً في دفع الدعوى والطعن في حق الشهود أنظر المادة «١٦٣٦».

كذلك إذا ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: إنه اشترى منه ماله الفلاني وأدى له الثمن وأنه امتنع عن تسليم المبيع وأثبت دعواه هذه في مواجهة الوكيل المسخر فيحكم القاضي على المدعى عليه بتسليم المال المذكور للمدعي.

ويلزم في الدعاوى التي تقام على الغائب وفي الشهادة عليه ذكر اسم الغائب واسم أبيه وجده كما بين ذلك في المادة (١٦٩٠). أما إذا لم يثبت المدعي دعواه أي لم يكن لدى المدعي بيّنة لإثبات دعواه فلا يحكم على الغائب لأن أسباب الحكم كما ذكر شرحاً في أول كتاب القضاء هي عبارة عن الإقرار والشهادة واليمين والنكول عن اليمين. وبما أنه لا يوجد إقرار في هذه الحالة كما أن اليمين والنكول عن اليمين يشترط في المادة (١٧٤٤) أن يكون في حضور القاضي وبما أنه لا توجد أيضاً بيّنة فلا يكون إثبات للدعوى وفي هذه الصورة إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه وقال إنني أكلف خصمي اليمين وأطلب الحكم عليه معلقاً على نكوله عن اليمين حين اعتراضه على الحكم فلا يلتفت إليه لأن التعليق على النكول عن اليمين ليس من أسباب الحكم ففي هذه الحال للمدعي أن يتربص لخصمه وعند ظهوره من اختفائه يطلب من القاضي إحضاره جبراً ويكلفه

لحلف اليمين حتى أنه لو تحقق أن المدعى عليه مختف في بيته فللقاضي أن يرسل إلى بيته رجالاً ونساء فالرجال يقفون على الباب ويمنعون فراره وتدخل امرأة ثقة إلى البيت وتفتش جميع أنحاء الدار وتفتش النساء والرجال والخدمة لعله يكون قد تزيا بزي النساء. «الخانية».

الحكم الغيابي في المحاكم الشرعية:

وقد قرر في مجلس التدقيقات الشرعية أنه إذا لم يكن إحضار المدعى عليه إلى المحاكمة جبراً فبعد إرسال ثلاث دعوتيات للمدعى عليه كما هو مبيّن في مواد المجلة في فصل الحكم الغيابي يقتضى نصب وكيل مسخر وإعطاء حكم غيابي في حق المدعى عليه. وإذا لم يستطع المدعي إثبات دعواه في مواجهة الوكيل المسخر وطلب المدعي تحليف خصمه يرسل مأذوناً إلى المدعى عليه لتحليفه اليمين حسب الأصول ويكلف لحلف اليمين ويدرج كيفية الحلف أو النكول عن الحلف في محضر المأذون ويصدر الحكم بعد ذلك.

إن المسائل التي يجوز فيها نصب وكيل مسخر عند الحنفية خمس وهي:

المسألة الأولى ـ الخصم المتواري وقد بيّن هذا في شرح هذه المادة.

المسألة الثانية ـ إذا اشترى أحد مالاً من آخر على أن يكون مخيراً وأراد فسخ العقد في مدة الخيار ورد البيع وكان البائع غائباً ومتوارياً فيراجع المشتري القاضي ويطلب نصب وكيل عن الغائب ويرد المبيع لذلك الوكيل.

المسألة الثالثة ـ إذا كان المكفول له متوارياً ينصب وكيل عنه، مثلاً لو كفل أحد نفس آخر على أنه إذا لم يسلمه غداً يكون كفيلاً بالدين الذي في ذمته وكان الطالب غائباً في اليوم المشروط فيه التسليم ولم يجده الكفيل ليسلمه المكفول فللكفيل أن يراجع القاضي وأن يطلب نصب وكيل عن الطالب. وللقاضي نصب وكيل عند الإمام أبي يوسف والكفيل يسلم المكفول للوكيل.

المسألة الرابعة ـ إذا حلف المدين قائلاً. إذا لم أوف ديني غداً فامرأتي طالق ثلاثاً وكان يريد إيفاء الدين في ذلك اليوم وكان الدائن غائباً فللدائن أن يراجع القاضي ويطلب نصب وكيل عن الغائب ويوفي الدين له ولا يحنث المدين في يمينه:

وعند بعض الفقهاء لا حاجة لنصب وكيل في هذه المسألة بل يؤدي الحالف دينه للقاضي ولا يحنث ويكون باراً وصادقاً في يمينه. أما إذا لم يكن هنالك قاض فيحنث الحالف في يمينه وتطلق امرأته «رد المحتار».

المسألة الخامسة ـ لو قال أحد لامرأته إذا لم أوصل لك نفقتك فطلاقك في يدك فتغيبت واختفت المرأة حتى لا يوصل زوجها النفقة إليها وتطلق نفسها فللزوج أن يراجع القاضي وأن يطلب نصب وكيل منه للمرأة ويسلمه النفقة.

المادة (١٨٣٥) - (يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح للمدعى عليه).

يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح أي في مواجهة الوكيل المسخر للمدعى عليه وذلك أن ينظم القاضي إعلاماً شرعياً محتوياً على حكم القاضي ويسلم الإعلام المذكور من المحكوم إليه إلى الموظف المكلف بإجراء الحكم ويستخرج هذا المأمور صورة عن الإعلام المذكور ويرسلها إلى المحكوم عليه. أو أن القاضي ينظم الحكم الغيابي من نسختين فيسلم نسخة منه حسب المادة «١٨٢٧» إلى المحكوم له ويرسل النسخة الأخرى بواسطة محضر المحكمة إلى المحكوم عليه ويؤخذ من المحكوم عليه إيصالاً بحصول تسليم الإعلام إليه وتبليغه له فإذا لم يعترض المحكوم عليه الذي بلغ له الحكم الغيابي فينفذ الحكم المذكور وإذا اعترض على الحكم يؤخذ تنفيذه لنتيجة الاعتراض كما هو مبيّن في المادة الآتية.

وبما أن الاعتراض على الحكم هو دفع للدعوى فليس في الأحكام الشرعية مدة مخصوصة له يعني ليس في الأحكام الشرعية أنه إذا اطلع المحكوم عليه على الحكم الغيابي يجب الاعتراض على الحكم في مدة ثلاثة أشهر أو في مدة ثلاث سنوات وأنه لا يسمع الاعتراض بعد ذلك. فلذلك يستمع دفع الدعوى ما لم يمنع استماع الدعوى بحصول مرور الزمن.

المادة (١٨٣٦) - (إذا حضر المحكوم عليه غياباً إلى المحكمة وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه وتفصل على الوجه الموجب وإذا لم يتشبث بدفع الدعوى أو تشبث ولم يكن تشبثه صالحاً للدفع ينفذ ويجري الحكم الواقع).

إذا حضر المحكوم عليه غياباً إلى المحكمة وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه وتفصل على الوجه الموجب أنظر المادة (١٨٤٠).

وإن الأصوال لتشبث المحكوم عليه غياباً لدفع الدعوى هي على الوجه الآتي: وهو أن المحكوم عليه يقدم استدعاء للمشيخة الإسلامية ملفوفاً بها إعلام الحكم الغيابي وهذا الاستدعاء يحول أولاً إلى دائرة الفتوى العلية ويحول من هناك إذا وجد لزوم إلى مجلس التدقيقات الشرعية فيشرح عليها المقتضى ثم يحول الاستدعاء المذكور إلى المحكمة التي أصدرت الحكم.

يفهم من المادة (١٨٣٤) أنه يشترط في الحكم على الغائب أن تثبت دعوى المدعي بالبيّنة فلذلك إذا حضر المدعى عليه ودفع الدعوى بقوله: كنت أديت المبلغ المحكوم به للمدعي أو أن المدعي كان أبرأني منه أو كان أبرأني من كافة الدعاوى أو أن للشهود كذاجر مغنم أو كذا دفع مغرم فله أن يدفع الحكم المذكور. وتجري المعاملة في حق هذه الدفوع على موجب المادتين «١٦٣٣ و١٧٢٤» أما إذا ادعى المدعي أن له في ذمة الغائب عشرة دنانير وأثبت ذلك بالشهود وحكم

للمدعي بذلك بعد التعديل والتزكية فأنكر المدعى عليه في اعتراضه الذي قدمه ضد الحكم المذكور الدين فلا يعد هذا الإنكار دفعاً ولا يلزم استماع الشهود مرة ثانية.

وإن لم يتشبث المحكوم عليه غياباً بدفع الدعوى أو تشبث ولم يكن تشبثه صالحاً للدفع ينفذ ويجري الحكم الغيابي.

والتشبث غير الصالح للدفع هو كما بيّن آنفاً أن ينكر المدعى عليه المدعى به بعد أن يكون الحكم الصادر عليه غياباً مبنياً على شهادة تزكوا سراً وعلناً.

خلاصة البابين الأول والثاني

القضاء، يجيء بمعنى الحكم والحاكمية.
الحكم، هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها.
أقسام الحكم، على وجهين.
الوجه الأول: الحكم الوجاهي والحكم الغيابي،

الوجه الثاني: أما أن يكون لصالح المدعي ويطلق عليه قضاء الاستحقاق، وأما أن يكون لصالح المدعى عليه ويطلق عليه قضاء الترك. والفرق بينهما: (أولاً) أن المقضى عليه بقضاء الاستحقاق لا يجوز أن يقضى له في تلك الحادثة أما في قضاء الترك فيجوز ذلك «ثانياً» إذا ادعى الشخص الثالث أن المال المحكوم به هو ماله فلا تسمع هذه الدعوى في قضاء الاستحقاق وتسمع في قضاء الترك.

شرط الحكم، (١) سبق الدعوى الصحيحة في الحكم الصريح (٢) حضور الطرفين حين الحكم أو نائبهما[١].

شروط الحكم الغيابي: (١) أن يمتنع المدعى عليه عن الحضور إلى المحكمة وعن إرسال وكيل عنه لها وأن يكون غير ممكن جلبه وإحضاره. (٢) أن يرسل إليه من طرف القاضي ورقة إحضار على ثلاث مرات في أيام مختلفة. (٣) أن ينصب القاضي وكيلاً عن الخصم المتواري وأن يستمع دعوى المدعي في مواجهة ذلك الوكيل.

حكم الحكم الغيابي، أن ينفذ الحكم المذكور إن لم يعترض المدعى عليه أو إذا اعترض وكان اعتراضه غير صالح للقبول، أن يبلغ الإعلام الغيابي للمدعى عليه.

---

(١) والنائب هو، أولاً، الوكيل، ثانياً، وصي الميت، ثالثاً، متولي الوقف، رابعاً، أحد الورثة، خامساً، أحد شريكي الدين (عند الأمامين)، سادساً، أحد المدينين للدائنين، سابعاً، الأجنبي الذي في يده مال للميت ثامناً، بعض الموقوف عليهم بالوقف الثابت، تاسعاً النائب حكماً.

تعريف القاضي هو الذات المنصوب من قبل السلطان ليفصل ويحسم الدعاوي الحادثة بين الناس توفيقاً لقواعدها المشروعة.

أوصاف القاضي: أن يكون؛ حكيماً، فهيماً، مستقيماً، أميناً، متيناً، مكيناً واقفاً على المسائل الفقهية وأصول المحاكمة، ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة توفيقاً لها.

شرائط القاضي وآدابه: «١» أن يكون مقتدراً على التمييز التام «٢» وأن يجتنب الأفعال الموجبة سوء الظن بحقه. «٣» وأن يجتنب في مجلس المحاكمة الأفعال الموجبة إزالة مهابة المجلس. «٤» وأن يجتنب قبول هدية أحد الطرفين. «٥» وأن لا يقبل ضيافة أحد الطرفين.

الباب الثالث

في حق رؤية الدعوى بعد الحكم

إن رؤية الدعوى بعد الحكم فيها تكون على ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يكون الحكم الواقع غياباً فيعترض عليه بطريق دفع الدعوى وقد مر بيان ذلك في المادة (١٨٣٦).

الصورة الثانية: أن ينقض ذلك الحكم من دائرة الفتوى العلية أو من مجلس التدقيقات الشرعية فترى الدعوى استئنافاً وهذا سنذكر في مادتي (١٨٣٨ و١٨٣٩).

مثلاً إذا دققت دائرة الفتوى العلية أو مجلس التدقيقات الشرعية في إعلام صادر على شخص ونقض لمخالفته للشرع فترى الدعوى استئنافاً مرة ثانية.

الصورة الثالثة: ترى الدعوى مرة ثانية بطريق إعادة المحاكمة على الوجه المبين في المادة (١٨٤٠).

المادة (١٨٣٧) - (لا يجوز رؤية وسماع الدعوى تكراراً التي حكم وصدر إعلام بها توفيقاً لأصولها المشروعة أي الحكم الذي كان موجوداً فيه أسبابه وشروطه».

لا يجوز للقاضي الذي أصدر حكماً في دعوى رؤية وسماع تلك الدعوى تكراراً التي حكم وصدر إعلام بها توفيقاً لأصولها المشروعة أي الحكم الذي كان موجوداً فيه أسبابه وشروطه المبينة في المادة (١٨٤٠) وفي موادها التابعة إذا كان الطرفان هما ذاتهما في الدعوى السابقة ولم يضيفا شيئاً على ادعائهما ومدافعاتهما السابقة لأنه لو جاز استماع الدعوى ثانياً لجاز استماعها ثالثاً ورابعاً مما يوجب عدم استقرار الحكم كما أن استماع الدعوى ثانياً والحكم بها كالأول ليس فيه من فائدة بل يكون استغلالاً بالعبث.

إيضاح القيود:

إذا حكم وصدر الإعلام؛ والحكم كاف لعدم استماع الدعوى مرة ثانية ولا يشترط تنظيم إعلام بالحكم أي إذا حكم في دعوى حسب أصولها المشروعة ولم يعط ثمة إعلام بها بالحكم فلا نرى الدعوى ثانية.

مثلاً لو ادعى أحد الدار التي في يد آخر أنها ملكه فأنكر المدعى عليه الدعوى ولم يستطع المدعي إثبات مدعاه وحلف المدعى عليه بالطلب فنكل المدعى عليه عن الحلف وصدر الحكم الشرعي فليس للمدعى عليه بعد ذلك أن يدعي قائلاً: إنني اشتريت الدار المذكورة منك وأن يثبت ذلك فإذا ادعى أنه اشتراها منه قبل القضاء فلا تقبل الدعوى منه. أما إذا ادعى الشراء بعد القضاء فتقبل.

قاعدة: إذا قضي على شخص في شيء فلا تسمع بعد ذلك دعوى الشخص المذكور في ذلك الشيء ما لم يقم ذلك الشخص بينة على إبطال القضاء.

والفقرة الثانية من هذه المسألة هي المسألة المبينة في هذه المادة كما أن الفقرة الثانية منها هي المسألة المذكورة في المادة «١٨٤٠» (واقعات المفتين).

فلذلك إذا سمع القاضي الدعوى ثانية وفصل بها وحكم لصالح المحكوم عليه فلا يصح حكمه ولا ينفذ.

كذلك إذا حكم القاضي في قضية حسب أصولها المشروعة وبناء على دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة ثم رجع عن حكمه بقوله: قد رجعت عن حكمي أو أبطلت حكمي أو انني اطلعت على تلبيس وتزوير الشهود فلا يصح رجوعه «رد المحتار والأشباه».

توفيقاً لأصولها المشروعة، أما إذا ظهر أن حكم القاضي هو خلاف للمشروع وأنه أخطأ فيلزم عليه الرجوع عن الحكم، مثلاً لو حكم القاضي الحنفي المذهب بصحة الهبة في الحصة الشائعة القابلة للقسمة ثم ظهر له خطأه فيجب فسخ ونقض هذا الحكم «الحموي».

وعليه فلو حكم القاضي بعد الدعوى الصحيحة والشهادة المستقيمة وأخطأ في حكمه وثبت خطأه بإقرار الشاهد أو المحكوم له فينقض الحكم ولا ينقض الحكم بقول القاضي: إنني أخطأت في حكمي أي بمجرد قوله بل يجب ثبوت وتحقق الخطأ كما ذكر آنفاً.

مثلاً لو استمع القاضي الدعوى وبعد استشهاد الشهود وتزكيتهم حكم في القضية بالموجب الشرعي وحرر في الإعلام ذلك ثم قال القاضي إنني حكمت بدون تزكية الشهود سراً وعلناً وإن كتابة ذلك في الإعلام خطأ فلا يلتفت إلى قوله.

إذا كان الطرفان هما ذاتهما، مثلاً إذا حكم على ذي اليد بالملك المطلق فالحكم يكون على ذي اليد المذكور وعلى من تلقى الملك منه بالذات أو الواسطة ولا يكون حكماً على كافة الناس وبما أن الحكم هو على الأشخاص المذكورين فلا ترى الدعوى ثانية من المحكوم عليه بعد الحكم المذكور كما أنها لا ترى ثانية بناء على دعوى الأشخاص المذكورين.

مثلاً لو ادعى محمد الفرس التي باعها علي لعمر وباعها عمر لعثمان وباعها عثمان لحسن، إنها ملكه وأقام الدعوى على ذي اليد حسن وادعى حسن أن هذه الفرس له قد اشتراها من عثمان وأن

عثمان اشتراها من عمر وأن عمر اشتراها من علي وأثبت كلاهما مدعاه وحكم لمحمد بالفرس المذكورة توفيقاً للمادة «١٧٥٨» فيكون هذا الحكم على حسين وعلى عثمان الذي تلقى حسن الملك عنه وعلى عمر الذي تلقى عثمان الملك عنه، وعلى علي الذي تلقى عمر الملك عنه فلذلك لا تقبل دعوى عثمان أو عمر أو علي بأن الفرس المذكورة ملكه لأنه لا يجوز بموجب هذه المادة رؤية واستماع الدعوى تكراراً التي حكم فيها موافقاً للشرع.

إذا لم يضف الطرفان شيئاً على ادعائهما ومدافعاتهما السابقة، أما إذا بين المدعى عليه بعد الحكم عليه دفعاً صحيحاً فتسمع الدعوى ثانية وقد ذكر في شرح المادة (١٦٣١) بعض مسائل عن الدفع بعد الحكم كما أنه سيذكر في المادة (١٨٤٠) مسائل أخرى.

المادة (١٨٣٨) - (إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة وبين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق وإلا يستأنف).

إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة وبين للقاضي جهة عدم موافقته لأصوله المشروعة وطلب استئناف الدعوى أي طلب تدقيق الحكم الذي صدر ابتداء ثانية فيدقق الحكم استئنافاً حسب طلبه ويحقق استئنافاً في الحكم الذي صدر ابتداء فإذا وجد موافقاً لأصوله يصدق وبذلك يظهر أن ادعاء المحكوم عليه أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة غير حقيقي، وإذا عرض حكم قاض على قاض آخر وجرت المرافعة الشرعية في حضور القاضي الثاني فدقق القاضي في الحكم وظهر له أن الحكم الأول موافق للشرع وصدق الحكم فيسمى هذا التصديق «تنفيذاً» (رد المحتار).

وسبب تصديق ذلك هو ان فسخ الحكم الموافق للشرع والحكم ثانية كالحكم الأول ليس فيه فائدة بل يكون اشتغالاً بالعبث، ويكفي أن يكون الحكم موافقاً لأصوله المشروعة، أن يكون موافقاً لمذهب القاضي الأول.

فلذلك لو كان القاضي الأول شافعي المذهب فحكم بموجب مذهبه ثم عرض هذا الحكم استئنافاً على القاضي الحنفي فلا ينقض القاضي الحنفي ذلك الحكم ولو كان مخالفاً لمذهبه بل يصدقه كذلك لو كان القاضي الأول حنفياً وحكم بموجب مذهبه وعرض الحكم ثانية على القاضي الشافعي فليس للقاضي الثاني المذكور نقض الحكم بل عليه تنفيذه لأنه حسب المادة (١٦) من المجلة (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) لأن الإجتهاد الأول قد تأيد بالقضاء والحكم فهو يرجح على اجتهاد القاضي الثاني ولأنه يجب أن يحمل القضاء والحكم على الصحة بقدر الإمكان فلا ينتقض بالشك (ابن ملك والأشباه والحموي وتكملة البحر والدرر في القضاء).

ما لم يكن حكم القاضي الأول مخالفاً للكتاب والسنة المشهورة أو إجماع الأمة وفي هذه الحالة

يجب إبطال الحكم الأول ورده كما سيوضح آتياً.

إذا كان الحكم موافقاً لمذهب القاضي الأول والقاضي الثاني فالأمر ظاهر إذ أنه إذا عرض حكم قاض على قاض آخر فلا يخلو الحكم من أن يكون أحد الأقسام الثلاثة الآتية:

القسم الأول: أن يكون الحكم مخالفاً للنص أي مخالفاً للكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع وفي هذا الحال يرد الحكم ويبطل على كل حال لأنه حسب المادة (١٤) من المجلة (لا مساغ للإجتهاد في مورد النص). «البحر والتكملة»[١].

الأحكام المخالفة للكتاب هي:

كأن يحكم القاضي الشافعي بحل أكل لحم الحيوان التي تركت التسمية عليه عمداً حين ذبحه لأن هذا الحكم يحلل الحرام الذي حرمه الله تعالى في قرآنه الكريم بقوله﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾فهو مخالف للنص فإذا عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي يبطله (العناية والفتح).

كذلك الحكم عليه بحلية ملك يمين زوجة الأب أو موطوءة الأب لأن هذا الحكم مخالف لنص الآية الجليلة﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾فإذا عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي فسخه ويبطله كما أن الحكم المذكور مخالف للسنة المشهورة والإجماع[٢].

وكذلك إذا حكم القاضي في الشج الواقع في الحمام بشهادة النساء فقط وعرض هذا الحكم على قاض ثان فينقضه «رد المحتار».

كذلك لو حكم القاضي على إجبار المدين على إيجار نفسه لآخر وإيفاء الدين من أجرته وعرض هذا الحكم على قاض آخر فينقضه لمخالفته لقوله تعالى﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾.

الأحكام المخالفة للسنة المشهورة:

إذا عين ولي القتيل رجلاً من أهالي المحلة أنه قاتل مورثه وحلف اليمين يحكم على ذلك

(١) والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته التي وطئها الأب فلو حكم قاض بجواز ذلك نقضه من رفع إليه. والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور أي جل الناس وأكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لأن ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا إذا حكم القاضي على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه فإذا حكم قاض بجواز ذلك وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه «العناية».

(٢) فلو قضى القاضي بحل أم امرأته كان باطلاً فلا ينفذ «الفتح».

الرجل بالقصاص عند الإمام مالك فإذا حكم القاضي المالكي بقصاص رجل على هذا الوجه وعرض هذا الحكم على قاض حنفي فلا ينفذ هذا الحكم بل يفسخه ويبطله لأن هذا الحكم مخالف للحديث الشريف القائل (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) الذي هو بمآل المادة «٧٦» من المجلة.

كذلك إذا حكم القاضي الشافعي في دعوى بشاهد واحد وبيمين المدعي وعرض هذا الحكم على القاضي الحنفي فيبطله القاضي الحنفي ولا ينفذ، كما هو مذكور في التنوير حيث أنه مخالف للسنة المشهورة، وكما ذكر في الولواجية. لأنه مخالف لنص القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾.

كذلك لو طلق أحد زوجته المدخول بها طلاقاً ثلاثاً ثم زوجت الزوجة المذكورة للحل بزوج آخر فطلقت من الزوج الآخر قبل الدخول وحكم بحلية زواجها من زوجها الأول فإن اشتراط الدخول ثابت في حديث العسيلة «العناية».

الأحكام المخالفة للاجماع:

كأن يعرض الحكم الذي أصدره قاض في مسألة اجتهادية على قاض آخر فيحكم القاضي الآخر بإبطال الحكم الأول.

وكالحكم بسقوط الدين لترك المدعي الدعوى بضع سنوات فإنه لا دليل شرعي يدل على ذلك (العناية).

القسم الثاني: الحكم الذي يجب امضاؤه وتنفيذه على كل حال.

وهو الحكم الواقع في محل الإجتهاد الذي يكون الخلاف فيه في نفس المسألة وسبب القضاء؛ فيجب تنفيذ هذا الحكم ولو كان القاضي لا يعلم أنه حكم في محل الإجتهاد «العناية والسعد والشبلي والفتح» لأن القاضي الأول منصوب للقضاء من قبل السلطان وللسلطان ولاية على كافة الناس فكما أن حكم السلطان بالذات حجة في حق كافة الناس فحكم القاضي المنصوب من قبله هو حجة أيضاً على كافة الناس فليس لأحد نقض حكمه (الزيلعي في التحكيم) لأن القاضي الثاني هو أحد كافة الناس فليس له صلاحية في نقض حكم القاضي الأول كما أنه لا رجحان لاجتهاد على اجتهاد الآخر وبلحوق الحكم على الاجتهاد الأول ترجح على الاجتهاد الثاني وتفوق عنه وتدني الاحتهاد الثاني فلا ينقض الاجتهاد الراجح بالمرجوح «الزيلعي».

حتى أنه لو أبطل القاضي الثاني الحكم الذي هو من هذا القبيل وعرض حكم القاضي الثاني المتضمن إبطال الحكم الأول على قاض ثالث فيبطل القاضي الثالث حكم القاضي الثاني وينفذ حكم القاضي الأول لأن القاضي الأول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع فكان القضاء من الثاني مخالفاً للاجماع فيكون باطلاً (الشبلي). وفي الجامع الصغير. وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر ويرى غير ذلك امضاه (الزيلعي) ولو قضى

في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقاً (الفتح) أقوى لا يصح الحكم في هذا الزمن بهذا . أنظر المادتين (٩٧٠و١٨٠١) من المجلة.

مثلاً تقبل شهادة المحدودين بالقذف بعد توبتهم عند الإمام الشافعي فلو حكم القاضي الشافعي في قضية بشهادة هؤلاء وعرض هذا الحكم على قاض حنفي فيجب عليه امضاؤه وتنفيذه مع كون هذا الحكم غير جائز عند القاضي الحنفي . وليس للقاضي الحنفي أن يفسخ ويبطل ذلك الحكم بداعي أنه مخالف لمذهبه .

كذلك لو حكم قاض شافعي في دعوى امرأة بشهادة زوجها وشهادة أجنبي آخر بجواز الحكم بهاتين الشهادتين على مذهب الإمام الشافعي ثم عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي الذي يقول بعدم جواز ذلك حسب مذهبه فيجب عليه امضاء وتنفيذ ذلك الحكم لأن القاضي الأول قد حكم في أمر مجتهد فيه لأن المجتهد فيه سبب للقضاء لأن الخلاف في هل أن شهادة هؤلاء تكون سبباً للحكم أو لا تكون أي في سبب الحكم. وليس في نفس الحكم أما الخلاف في نفس الحكم فسيبين في القسم الثالث.

وأمثلة القسم الثاني كثيرة (الحموي).

وهذا القسم الثاني على نوعين أيضاً:

النوع الأول ـ أن يكون حكم القاضي الأول موافقاً لمذهبه كأن يكون القاضي الأول مثلاً شافعياً ويحكم حكماً موافقاً لمذهبه فإذا عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي فينفذه.

النوع الثاني ـ أن يكون حكم القاضي الأول مخالفاً لمذهبه وموافقاً لمذهب آخر كأن يحكم القاضي الأول الحنفي المذهب حكماً مخالفاً لمذهبه وموافقاً لمذهب الشافعي مثلاً فقد اختلف في حق انفاذ هذا الحكم كما فصل في شرح المادة «١٨٠١».

القسم الثالث ـ أن يكون نفس الحكم مجتهد فيه والخلاف في نفس الحكم. وهذا الحكم لا يكون نافذاً بعد وجوده على رأي بعض المجتهدين ويتوقف نفاذه على امضائه وتنفيذه من قاض ثان والصحيح هو هذا.

وعلى ذلك إذا عرض هذا الحكم على قاض ثان يكون مخيراً إن شاء امضاه وإن شاء نقضه فإذا امضاه فليس لقاض ثالث أن يبطله كما أنه إذا ابطله القاضي الثاني فليس للقاضي الثالث أن يجيزه وينفذه.

والمختلف فيه هنا هو نفس القضاء:

فإذا عرض الحكم على القاضي الثاني فلا يلزم القاضي الثاني تنفيذه كما هو الحال في القسم الثاني بل للقاضي إن شاء نفذه ويكون هذا التنفيذ من قبيل القسم الثاني وإن شاء ابطله وفي هذا الحال يبطل الحكم «رد المحتار والزيلعي» وعليه إذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق

الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر فإن امضى ليس للثالث نقضه لأن قضاء الثاني هو الذي وقع مجتهداً فيه أعني قضاء الأول (الفتح). اقول هذا المثال لا يصح إلا بقطع النظر عما اختارته المجلة في كتاب الحجر.

وإذا ظهر لدى التحقيق أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة فيستأنف أي أنه يبطل الحكم الأول ويفصل في القضية حسب أصولها المشروعة.

سواء كانت عدم الموافقة لأسباب ذكرها المحكوم عليه أو كانت الأسباب التي بينها المحكوم عليه غير واردة وتحقق أنه غير موافق للأصول من جهة أسباب أخرى لم يبينها المحكوم عليه فيبطل الحكم الأول. لأن الحكم الغير الموافق للأصول هو مخالف لحكم العدالة وظلم وإزالة الظلم واجبة وتقريره وتثبيته حرام.

وقد وضع في زماننا أصول لكيفية استئناف الأحكام الشرعية وستذكر في شرح المادة الآتية .

وبعد نقض الحكم من دائرة الفتوى العالية أو من مجلس التدقيقات الشرعية لا يحكم في القضية من دائرة الفتوى المذكورة أو من المجلس المذكور حيث لم يكونا حائزين صلاحية القضاء في ذلك بل ترسل القضية إلى المحكمة الأولى أو تحال لمحكمة أخرى ليحكم فيها ثانياً على أن تراعي المحكمة الأسباب التي أوجبت نقض الحكم.

تذكر المسائل الآتية مثالاً على بعض الاعلامات التي نقض الحكم فيها لعدم موافقتها لاصولها المشروعة.

١ ـ قد نقض الاعلام الحاوي للحكم الذي صدر بناء على دعوى وصي صبي ادعى فيها أن للصبي المذكور ارثاً عن ابيه عشرة دنانير في ذمة المدعى عليه واثبت ذلك وكانت أسباب نقض الحكم المذكور هي ما يأتي:

أولاً: لم يذكر سبب الدين مع أنه يلزم في هذه الدعوى ذكر السبب لأنه إذا كان الدين موروثاً وكان للمتوفي وارث آخر فتخصيص الصبي بالمطلوب المذكور هو بإجراء تقسيم التركة بين الورثة وتخصيص الدين المذكور بالصبي مع أن تقسيم الدين باطل بموجب المادة «١١٢٣».

ثانياً: لم يشهد الشهود على وفاة المورث ولم يشهدوا بأن المورث قد عين هذا المدعي وصياً مع لزوم ذكر ذلك.

٢ ـ ادعى أحد على آخر قائلاً: إنني سلمت أباك كذا وديعة قيمتها عشرة دنانير ولم يعدها إليّ وتوفي مجهلاً وأثبت ذلك وبعد التزكية حكم للمدعي بأخذ عشرة دنانير من التركة. وقد نقض هذا الحكم للسبب الآتي.

وهو أن المدعي وشهوده لم يبينوا قيمة الوديعة في زمن التجهيل أي بدلها حين وفاة المستودع مجهلاً بل بينوا قيمتها حين الإيداع «جامع الفصولين».

المادة(١٨٣٩)- (إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى وطلب تمييز الاعلام الحاوي الحكم يدقق الاعلام المذكور فاذا كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق وإلا ينقض».

إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع من قبل قاض في حق الدعوى وطلب تمييز الاعلام الحاوي الحكم يدقق الاعلام المذكور فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق وإن كان غير موافق ينقض؛ والتدقيقات التمييزية تجري، أولاً: في دائرة الفتوى العلية فإذا كان الاعلام موافقاً للشرع الشريف يحرر على طرف الاعلام عبارة، أنه موافق لأصوله، ويختم بالختم الرسمي العائد لمميز الاعلامات الشرعية ويعاد إلى صاحبه. وإذا كان غير موافق للشرع فينقض ويحرر على الاعلام حيناً عبارة، أن صكه وسبكه؛ أي أن الحكم الشرعي الصادر غير موافق لمسألته الشرعية نظراً للاعلام؛ أو يحرر أن الحكم غير خال من الخلل؛ أي بدون تفصيل وبيان أسباب الخلل ويبين أحياناً أسباب الخلل والنقض ويختم هذا الشرح بالختم المذكور ويعاد للمحكمة التي أصدرت الحكم لرؤية الدعوى مرة أخرى.

ثانياً: تجري التدقيقات التمييزية في مجلس التدقيقات الشرعية.

والأصول المقررة لصورة الاستئناف والتمييز توضح على الوجه الآتي:

أصول الاستئناف والتمييز: بموجب التعليمات السنية الصادرة في ٢٢ المحرم سنة ١٣٠٠ في حق تمييز واستئناف الأحكام الشرعية. إن مرجع تمييز الاعلامات الشرعية هي دائرة الفتوى ومجلس التدقيقات الشرعية فالاعتراضات المتعلقة بالصك والسبك تدقق في دائرة الفتوى والاعتراضات التي تكون خارجة عنها أي موافقة الاعلام الشرعي للضبط وموافقة الضبط للأصول المشروعة يدقق تمييزاً من مجلس التدقيقات الشرعية.

تمييز واستئناف الأحكام الصادرة من محاكم شرعية الخارج [1]: لا تنفذ الأحكام الصادرة في حق الأيتام والمجانين والمعتوهين والأوقاف قبل تمييزها.

كذلك إذا ميز الاعلام المتعلق بالمخالعة والطلاق وفسخ النكاح يفرق بين الزوجين لنتيجة التمييز ويمنعا من جميع المعاملات الزوجية ولا يعطى للزوجة إذن بالزواج من آخر لنتيجة التمييز.

ومستدعي التمييز اما أن يكون المحكوم له أو المحكوم عليه فإذا كان المحكوم عليه فله اعتباراً من تاريخ تبليغ الاعلام له بموجب الأصول أن يعترض على الحكم بظرف ثلاثة أشهر فإذا اعترض بعد ذلك فلا يسمع اعتراضه ومستدعي التمييز المحكوم عليه يقدم لائحته الاعتراضية مع صورة الاعلام المصدقة مع استدعاء إلى الحكومة المحلية وترسل الأوراق المذكورة من الحكومة

(١) أي محاكم الولايات ما عدا محاكم الأستانة إذ تعد خارج بلاد الأستانة خارجا (المعرب).

المحلية إلى باب الفتوى ويؤخر تنفيذ الاعلام لنتيجة القرار. وإذا كان مستدعي التمييز المحكوم له يقدم أصل الاعلام أو صورته المصدقة إلى الحكومة المحلية وترسل إلى باب الفتوى فإذا وجد باب الفتوى أن الاعلام الشرعي موافق لأصوله المشروعة يصدق وإذا كان غير موافق يحرر على هامش الاعلام المعاملة الإيجابية أي أسباب عدم الموافقة ولزوم رؤية الدعوى استئنافاً أو عدم لزومها أو ان دفع المحكوم عليه مسموع أو غير مسموع ويختم بختم امانة الفتوى الرسمي وختم مدير الاعلامات الشرعية ويعاد إلى محله بواسطة مقام المشيخة الإسلامية وترى الدعوى في محله تكراراً واستئنافاً[1]

أما إذا اعترض في اللائحة الاعتراضية، أو في استدعائه الاعتراض بأن مضمون الإعلام خلاف للواقع فهذه الإعلامات التي يتوقف إجراء التدقيقات على أمور خارجة عن الصك والسبك يحرر على هامشها أو ظهرها مقتضاها من جهة الصك والسبك وتختم ويبيّن لزوماً لحوالتها لمجلس التدقيقات الشرعية لإجراء التدقيقات الخارجية في الأمور السالفة الذكر.

ومجلس التدقيقات الشرعية يدقق في الدعاوي المحولة إليه ويبيّن نتيجة تدقيقاته بتقرير يقدمه لمقام الفتوى.

إن الدعاوي التي يرى باب الفتوى أو مجلس التدقيقات الشرعية رؤيتها استئنافاً إذا كانت قيمتها خمسة آلاف قرش أو أقل من ذلك فترى في المحكمة الأولى التي حكمت في الدعوى وأما دعاوي الدين وغيره التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف قرش والدعاوي التي لها أهمية كدعاوي النكاح والطلاق إذا رؤيت بداية في محكمة القضاء فترى استئنافاً في محكمة اللواء الشرعية وإذا فصلت بداية في محكمة اللواء الشرعية تفصل استئنافاً في محكمة الولاية الشرعية وإذا حكم بداية فيها من محكمة الولاية الشرعية فترى استئنافاً في أقرب محكمة ولاية شرعية وإذا رؤيت بداية في محكمة ولاية شرعية مجاورة للآستانة ترى لدى قاضي العسكر.

ولكن إذا كان المدعى به أزيد من خمسة آلاف قرش ورضي الطرفان برؤية الدعوى استئنافاً في المحكمة الأولى ففي هذا الحال ترى الدعوى استئنافاً في المحكمة الأولى.

تمييز واستئناف الأحكام الصادرة من محاكم الآستانة: إن الدعاوي التي تحول إلى محكمة استامبول الشرعية وإلى محاكم البلاد الثلاثة تفصل بداية في تلك المحاكم وإذا طلب أحد الطرفين أثناء المحاكمة نقل الدعوى من محكمة إلى أخرى فيرد طلبه وتحول السندات الصادرة من محكمة استامبول والبلاد الثلاثة إلى باب الفتوى لتطبيق أختامها وتدقيق صكها وسبكها ما عدا الأحكام التي تصدر من الحضور العالي[2] والمعاملة التي تجري في حق السندات الشرعية العائدة لمحاكم شرعية الخارج تطبق بحق هذه الإعلامات.

---

(١) والمقصود من الاستئناف هنا هو المعنى اللغوي أي الاستمرار في رؤية الدعوى ثانية من المحكمة الابتدائية وليس معناه الإصطلاحي أي رؤية الدعوى فى محكمة أعلى من المحكمة الابتدائية(المعرب).

(٢) يقصد بذلك الأحكام التي يصدرها شيخ الإسلام «المعرب».

إذا نقض إعلام شرعي صادر من محكمة استانبول الشرعية أو محاكم البلاد الثلاثة من باب الفتوى أو من مجلس التدقيقات الشرعية فإذا كان النقض ناشئاً عن نواقص لا توجب تكرار المرافعة فتكمل المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم تلك النواقص وتصدر الأعلام ثانياً وإذا كان النقض من المواد الموجبة لتكرار المرافعة فيحول الإعلام إلى المحكمة التي أصدرته لتكرار المرافعة في الدعوى أما إذا طلب أحد الطرفين إجراء المرافعة في الحضور العالي فتحول تلك الدعوى إلى الحضور العالي.

المادة (١٨٤٠) - (كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح بعد الحكم بناء عليه إذا بيّن وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً لدفع الدعوى وادعى دفع الدعوى وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتهما في حق هذا الخصوص، مثلاً إذا ادعى أحد الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثة له من أبيه وأثبت ذلك ثم ظهر بعد الحكم سند معمول به بيّن أن أبا المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول واندفعت دعوى المدعي).

كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم بموجب المادة «١٦٣١» يصح أيضاً بعد الحكم وحتى بعد إجراء الحكم بناء عليه إذا بيّن وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً لدفع الدعوى وادعى دفع الدعوى وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتهما في حق الخصوص المذكور فإذا ثبت دفعه يفسخ ويبطل الحكم الأول ويمنع المدعي من معارضة المدعى عليه.

مثلاً إذا ادعى أحد الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثة له من أبيه وأثبت ذلك فحكم القاضي له بالدار المذكورة ثم ظهر بعد الحكم بيّنة عادلة أو سند معمول به يبيّن أن والد المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول واندفعت دعوى المدعي.

وتقبل دعوى إعادة المحاكمة عند الفقهاء في المحاكم الشرعية ما لم يكن القاضي ممنوعاً من سماعها بوقوع مرور الزمن.

كذلك إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك حقاً كذا ديناراً فأجابه عليه قائلاً إنك وكلت فلاناً بقبض المبلغ المذكور مني وانني قد أديت المبلغ المذكور للشخص المذكور فأنكر المدعي التوكيل وعجز المدعى عليه عن الإثبات وحلف المدعي اليمين وحكم على المدعى عليه بعد ذلك بدفع المبلغ المذكور وأخذ المحكوم له من المحكوم عليه المبلغ المحكوم به فإذا أقام المحكوم عليه بعد ذلك البيّنة على التوكيل فله استرداد المبلغ المحكوم عليه أنظر شرح المادة «١٨٢٠».

مستثنى ـ يستثنى من قاعدة يصح دفع الدعوى بعد الحكم.

بعض مسائل:

المسألة الأولى ـ المسائل المخمسة وقد بينت في المادة «١٦٣٧» فلذلك إذا ادعى أحد بالمال الذي في يد آخر وأثبت أنه ماله أو أخذه من المدعى عليه بعد الحكم فإذا ادعى المحكوم عليه بعد ذلك أن المال المذكور وديعة في يده وأثبت ذلك فلا يقبل ادعاؤه «الحموي». كذلك إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: انه مالي واثبت مدعاه وحكم القاضي للمدعي بذلك فادعى المحكوم عليه على المحكوم له قائلاً: إنك أقررت قبل إقامة الدعوى عليّ بأنه لا حق لك في ذلك المال. أو انك أمرت فلاناً بطلب شراء المال المذكور مني فطلب شراءه لا يقبل، أما لو أتى بهذا الدفع قبل الحكم فيقبل انظر مادة «١٦٣١» (الحموي والواقعات).

المسألة الثانية ـ لو ادعى أحد أنه ابن عم لأبوين للمتوفي وطلب الميراث وأثبته وحكم القاضي بذلك فادعى المدعى عليه بعد الحكم أن المدعي قد أقرّ بأنه عم لأم للمتوفي فلا يسمع هذا الادعاء بعد الحكم لتأكده بالقضاء أما قبل القضاء فيسمع.

الباب الرابع

(في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم)

بما أن المحكم من أنواع الحكام والقضاة فقد ذكر في كتاب القضاء ولكن حيث ان حكم المحكم أدنى من حكم القاضي فقد أخر ذكره عن القاضي، وبما أن حكم المحكم أدنى من حكم القاضي فإذا كان حكم المحكم مخالفاً لمذهب القاضي فيبطله القاضي بعكس حكم القاضي فإنه إذا عرض على قاض آخر فعلى القاضي الآخر تنفيذه كما ذكر في شرح المادة «١٨٣٨» كما أن حكم المحكم يحصل بعد رضا الخصمين.

أما حكم القاضي فلا يشترط فيه رضاء الخصمين «الزيلعي».

المادة (١٨٤١) - (يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس).

وكذلك يجوز التحكيم في دعاوى الطلاق والنكاح والكفالة والشفعة والنفقة والديون والبيوع.

وجواز التحكيم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

الكتاب، ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾الآية وقد نزلت هذه الآية الكريمة في حق التحكيم بين الزوجين «رد المحتار والزيلعي» وما دام قد جاز التحكيم في حق الزوجين فهذا الجواز يدل على جواز التحكيم في سائر الحقوق والدعاوي «الولواجية».

السنة، قد أوصى النبي الكريم بني قريظة أن يحكموا عنهم سعد بن معاذ وقد أجمع صحابة النبي رضوان الله عليهم على جواز التحكيم وقد حكموا بينهم كما هو مذكور في شرح المادة (٣٢٢).

أما التحكيم في حقوق الله كحد الزنا وحد السرقة فغير جائز لأن إجراء الطرفين التحكيم بينهما هو بمنزلة عقد الصلح وبما أنه ليس لهما ولاية على دمائهما فليس لهما إباحة دمائهما (الزيلعي).

كذلك لا يجوز التحكيم على القول الصحيح في القصاص لأنه وإن يكن أن الغالب في القصاص هو حق العبد إلّا أن فيه حق لله أيضاً وكذلك لا يجوز التحكيم في حد القذف على القول المختار.

مثلاً لو تصالح الطرفان على لزوم الحد أو القصاص فلا اعتبار لهذا الصلح كما أنه لو حكم الطرفان أحداً لفصل دعوى القصاص وحكم المحكم على أحدهما بالقصاص فحكمه غير صحيح.

ركن التحكيم، هو إيجاب المتخاصمين بقولهما للمحكم «احكم بيننا أو اننا نصبناك حكماً» وقبول المحكم ولا يشترط ذكر لفظ التحكيم حتماً أنظر المادة الثالثة. فعليه إذا لم يقبل المحكم التحكيم فلا يجوز حكمه ما لم يجدد التحكيم.

شروط التحكيم. أولاً: أن يكون الطرفان أي المحكمان عاقلين فلذلك لا يجوز تحكيم الصبي أو المجنون.

ثانياً: أن يكون الحكم أهلاً للشهادة كما هو مشروط في القاضي أنظر المادة «١٧٩٤» لأن الحكم هو بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للحكم بين الطرفين فلذلك يجب أن يكون المحكم حائزاً للشروط المشروط وجودها في القاضي.

فكما أنه لا يجوز أن يكون الصبي والعبد والأعمى والمحدود في القذف قضاة لا يجوز أيضاً أن يكون هؤلاء محكمين «الولواجية». أما لو حكم فاسق أو امرأة فقد جاز لأنهما أهل للشهادة ولكن الأولى عدم نصب الفاسق محكماً. (الزيلعي ورد المحتار).

ويشترط بقاء أهلية المحكم وقت التحكيم وبين التحكيم والحكم فلذلك لو حكم الطرفان صبياً وبعد بلوغه حكم فلا ينفذ حكمه مع أنه في الشهادة ينظر في الأهلية وقت الإداء ولا ينظر فيها إلى وقت الإداء والتحمل معاً «رد المحتار» فلذلك لو تحمل الصبي المميز الشهادة قبل البلوغ وأداها عند البلوغ تقبل.

ثالثاً: أن يكون الحكم معيناً فلذلك لو قال الطرفان إننا حكمنا الشخص الذي يصادفنا أولاً في الطريق أو أول من يدخل المسجد فلا يصح التحكيم.

ولا يشترط أن يكون المحكم شخصاً يعرفه الطرفان أو من معارفهما فلو عين المتخاصمان شخصاً لا يعرفانه حكماً فهو جائز.

رابعاً: أن لا يعلق التحكيم على شرط أو يضاف إلى وقت على قول وهو القول المفتى به (الخانية).

فلذلك لو حكم المتخاصمان أحداً بقولهما إذا جاء الشهر الفلاني فأحكم بيننا أو إذا جاء الغد فاحكم بيننا فلا يصح انظر شرح المادة «٨٢».

المادة (١٨٤٢) - (لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز إلى غيرهما ولا يشمل خصوصاتهما الأخرى)

لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكمه به الخصمان فقط ولا يتجاوز إلى غير الخصمين ولا يشمل خصوصاتهما الأخرى أي

الخصوصات التي لم يحكما بها.

وفي هذه المادة ثلاثة أحكام:

الحكم الأول: نفوذ الحكم في حق الخصمين المحكمين لأن حكم المحكم هذا قد صدر عليهما بولاية شرعية فكما أنه لو عزل قاض بعد حكمه لا يبطل حكمه فكذلك لا يبطل حكم المحكم أيضاً كما أن حكم المحكم ليس بأدنى من صلح الطرفين فكما أنه ليس للطرفين بعد صلحهما بالتراضي وتمام الصلح بينهما الرجوع عن الصلح كما جاء في المادة (١٥٥٦) فليس لهما الرجوع عن حكم المحكم بطريق الأولى «الزيلعي» إلا أن نفاذ الحكم مشروط بموافقة الحكم المذكور للشرع الشريف ويجب أن تكون أسباب الحكم المذكور كأسباب حكم القاضي مبنياً على البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين «الزيلعي والولواجية في الشهادات في الحادي عشر».

فعلى ذلك للمدعي إذا عجز عن إثبات دعواه أمام المحكم أن يطلب تحليف خصمه اليمين فإذا حلف المدعى عليه اليمين فليس للمدعي أن يطلب بعد ذلك تحليفه اليمين أمام القاضي. أما إذا حكم بعد مرافعة الطرفين قائلاً: رأيي كذا بدون أن توجد أحد أسباب الحكم على أحد الطرفين فلا ينفذ حكمه.

الحكم الثاني: هو أن حكم المحكم لا يسري على غير الخصمين ويستفاد هذا الحكم من اللفظ فقط وأسباب عدم سريان الحكم على غير الخصمين هي: لأن المحكم ليس له ولاية على غير الخصمين لأن صلاحية المحكم للحكم إنما حصلت باصطلاح واتفاق الخصمين فقط. فالخصمان ليس لهما ولاية على غير أنفسهما، أما صلاحية القاضي للحكم فهي ممنوحة من قبل السلطان الذي له الولاية العامة على كافة الناس فالقاضي المنصوب من طرف السلطان له ولاية عامة على كافة الناس (الزيلعي) ويتفرع على هذا الحكم المسائل الآتية:

المسألة الأولى: لو توفي أحد وترك عشرة ورثة واتفق دائن المتوفي زيد مع أحد ورثة المتوفي عمرو على نصب محكم لفصل دعاوى الدين الذي يدعى على الميت فأثبت زيد في حضور المحكم ومواجهة عمرو الدين الذي له في ذمة المتوفي بالبينة وحكم المحكم بموجبها فهذا الحكم لا يشمل التسعة الورثة الغائبين مع أنه لو صدر هذا الحكم من طرف القاضي المنصوب من قبل السلطان لكان سارياً على الورثة التسعة بموجب المادة (١٦٤٢).

المسألة الثانية: لا يتجاوز حكم المحكم بالرد بالعيب إلى بائع البائع «١» كما أنه لا يتعدى حكمه الغائب مع أنه قد بين في شرح المادة «١٣٠» إن حكم القاضي يشمل الغائب في بعض الأحوال «رد المحتار».

---

(١) فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يتراضى البائع الأول والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول «الفتح».

مثلاً لو اتفق الطرفان المتخاصمان على إجراء التحكيم في الدعوى التي يدعيها المدعي بطلب مبلغ من المدعى عليه حسب الكفالة ونصبا حكماً فادعى المدعي في حضور الحكم قائلاً: إن المدعى عليه قد كفل الدين العشرة دنانير المطلوبة لي من ذمة زيد الغائب بأمره ولدى إنكار المدعى عليه أقام المدعي البينة على مطلوبه العشرة دنانير من زيد وعلى كفالة المدعى عليه لزيد المذكور وحكم المحكم لدى التعديل والتزكية على المدعى عليه فيكون الحكم مقصوراً على الكفيل فقط ولا يسري على المكفول عنه زيد مع أنه لو كانت هذه المحاكمة والحكم قد صدرتا من قبل القاضي لسرى الحكم على المكفول عنه وشمله بموجب شرح المادة (١٨٣٠).

المسألة الثالثة: لو تحاكم المشتري مع الوكيل بالبيع أمام المحكم في دعوى رد المبيع بالعيب وثبتت الدعوى بالبينة وحكم المحكم بالرد بالعيب فليس للوكيل بالبيع أن يرد المبيع إلى موكله فيما إذا كان مثل ذلك العيب ممكناً حصوله بعد البيع، أما إذا كان غير ممكن الحصول ففي رد الوكيل روايتان. «الفتح».

مستثنى - يسري حكم المحكم في المسألة الآتية الذكر على غير الطرفين وذلك: لو حكم أحد الشركاء مع مدين لأولئك الشركاء أحداً وحكم المحكم على ذلك الشريك فحكمه يتعدى ويتجاوز إلى الشريك الغائب لأن حكم المحكم هو كالصلح والصلح هو من أفعال التجار ليكون كل شريك من الشركاء قد رضي بالصلح وبحكم المحكم الذي هو بمعنى الصلح «رد المحتار والحموي».

الحكم الثالث: لا يشمل خصوصاتها الأخرى لأن نفوذ حكم المحكم في الخصوص الذي حكماه به هو لأن للحكم ولاية شرعية على المتخاصمين في ذلك الخصوص فيكون حكمه في الخصوصات التي ليس له ولاية شرعية فيها حكماً فضولياً، مثلاً لو وجد نزاع بين اثنين في حق دار وفرس وعشرة دنانير ديناً فنصبا محكماً ليفصل بينهما في النزاع على الدار فليس لهذا المحكم أن يفصل في النزاع الحاصل على الفرس ولا العشرة دنانير الدين.

المادة (١٨٤٣) - (يجوز تعدد المحكم يعني يجوز نصب حكمين أو أكثر لخصوص واحد ويجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكما)

يجوز تعدد المحكم يعني يجوز نصب حكمين أو أكثر كما جاز نصب حكم واحد وكما جاز تعدد القضاة المنصوبين من قبل السلطان انظر المادة «١٨٠٢» كما أنه يجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكما أي أن لكل منهما أن يعين حكماً من قبله.

المادة (١٨٤٤) - (إذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفاً يلزم اتفاق رأي كلهم وليس لواحد منهم أن يحكم وحده).

أي يجب اتفاقهم كلهم في الحكم ولا يجوز لأحد أن يحكم وحده لأن الطرفين قد رضيا برأي

الإثنين ولم يرضيا برأي واحد منها والرضاء برأيها ليس رضاء برأي أحدهما. لأن الحكم أمر محتاج للرأي والمشاورة «الولوالجية».

كذلك لو حكم أحدهما حكماً والآخر حكم حكماً مخالفاً له فلا يصح الحكمان «الزيلعي ورد المحتار».

أما إذا كان المحكمون أكثر من إثنين وكانوا ثلاثة أو أربعة وأذن المتخاصمان المحكمين بالحكم بأكثرية الآراء فالظاهر في الشرع هو أنه لما كان يلزم أن يكون المحكمون معلومين كما ذكر في شرح المادة «١٨٤١» وكان في هذه الصورة مجهولاً من يشكل الأكثرية منهم - عدم صحة الحكم لمجهولية الحكم.

المادة (١٨٤٥) - (إذا كان المحكمون مأذونين بالتحكيم فلهم تحكيم آخر وإلا فلا)

لأن الإذن هو توكيل كما هو مذكور في المجلة وفي هذه الصورة يكون الطرفان قد وكلا المحكمين بالتحكيم فلا شبهة في جواز ذلك بحكم المادة «١٤٩٥».

أما إذا كان المحكمون غير مأذونين بالتحكيم فليس لهم أن يحكموا كالقاضي فإنه إذا كان مأذوناً بالإنابة فله أن ينيب عنه وإذا لم يكن مأذوناً فليس له أن ينيب انظر مادة (١٨٠٥).

أما إذا حكم المحكمون بلا إذن ثم أجاز الطرفان ذلك التحكيم جاز لأن الإجازة اللاحقة هي بحكم الوكالة السابقة بموجب المادة (١٤٥٣).

المادة (١٨٤٦) - (إذا تقيد التحكيم بوقت يزول بمرور الوقت، مثلاً الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم بعد مرور ذلك الشهر فإذا حكم فلا ينفذ حكمه)

إذا تقيد التحكيم بوقت يزول التحكيم بمرور ذلك الوقت وينعزل المحكم كما جاز توقيت القضاء على هذا الوجه كما جاء في المادة «١٨٠١».

مثلاً الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم إلا في مدة ذلك الشهر وليس له أن يحكم بعد انقضاء ذلك الشهر كما أنه لا يجوز له أن يحكم قبل حلول ذلك اليوم وكما أنه لا ينفذ حكمه إذا حكم قبل حلول ذلك اليوم لا ينفذ حكمه أيضاً إذا حكم بعد مرور ذلك الشهر.

ويفهم من عبارة «لا ينفذ» ومن حكم المادة (١٨١٥) أن الطرفين لو أجازا هذا الحكم ينفذ.

(المادة ١٨٤٧) - (لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ولكن إذا حكمه الطرفان وأجازه القاضي المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب يكون بمنزلة نائب هذا القاضي حيث قد استخلفه).

لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم أي سواء كانا متفقين معاً أو كان العزل من أحدهما ولم يرض الآخر لأنه لما كان المحكم مقلداً من الطرفين جاز عزله منهما كما جاز عزل القاضي من قبل السلطان قبل الحكم (الولوالجية في آداب القاضي) وعلى ذلك فيكون التحكيم من العقود الغير اللازمة في حق الطرفين كشركة المضاربة والشركة والوكالة بلا التماس الطالب انظر المادة (١١٤).

سؤال: بما أن التحكيم يثبت بتراضي الطرفين فيجب أن يثبت العزل أيضاً بتراضيهما حتى يكون ذلك كفسخ العقد؟

الجواب: من الجائز أن لا يثبت العقد إلا باتفاق الطرفين وأن ينفرد أحد الطرفين بفسخ ذلك العقد كالمضاربة والشركة (الزيلعي والشبلي).

وعلى ذلك للطرفين عزل المحكم ولو شرطا عدم عزله واتفقا على ذلك إذ ليس لهذا الشرط حكم كما أنه لو شرط عدم عزل القاضي المنصوب من قبل السلطان جاز عزله انظر شرح المادة (١٨٠٤).

فلذلك لو حاكم المحكم الطرفين وقال إنني أرى المدعي محقاً في دعواه. فعزله المدعى عليه قبل الحكم وحكم المحكم بعد ذلك للمدعي فلا ينفذ الحكم.

كذلك لو حكم الطرفان حكماً ليفصل الست الدعاوي المتكونة بينهما ففصل هذا الحكم قضية أو قضيتين لصالح أحد الطرفين وحكم على الآخر فعزل المحكوم عليه المحكم فيصح عزله في حق الدعاوي الأخرى ولا يحق للمحكم الحكم بها أما حكمه في الدعاوي التي حكم بها فباق ونافذ قبل الحكم، أما لو عزلاه بعد الحكم فلا يبطل حكمه لأن هذا الحكم قد صدر من ذي ولاية شرعية فكما أنه لا يبطل حكم القاضي بعزله بعد الحكم فلا يبطل حكم المحكم أيضاً كما ان حكم المحكم لم يكن أدنى من الصلح الذي يعقده الطرفان وحيث لا يجوز لأحد الطرفين الرجوع عن الصلح بعد تمامه فليس له أيضاً الرجوع عن حكم المحكم.

الخلاصة: إن المحكم ينعزل بإحدى صور ثلاث:

أولاً: ينعزل بعزله وقد ذكر بهذه المادة.

ثانياً: ينعزل بانتهاء مأموريته وهذا يكون إذا كان التحكيم موقتاً بوقت ومر ذلك الوقت كما بين في المادة (١٨٤٦).

ثالثاً: سقوط أهلية المحكم عن أهلية الشهادة كأن يطرأ عمى قبل الحكم على المحكم.

فإذا قال المحكوم عليه أثناء وجود المحكم في مجلس الحكم وقيامه انك لم تحكم بيننا وقال المحكم قد حكمت بينكما فيصدق المحكم ما دام باقياً في مجلس الحكم لأنه ما دام تحكيم المحكم باقياً فهو كالقاضي المقلد فيكون قد حكى الأمر المقتدر على استئنافه.

ولذلك فهو مالك للإقرار ويعد إقراره إنشاء. أما إذا قال المحكم بعد عزله من قبل أحد الطرفين وبعد قيامه من مجلس الحكم: إنني حكمت بينكما فلا يصدق لأنه ينعزل بقيامه من مجلس الحكم كانعزاله بالعزل وفي هذه الحالة لا يكون مقتدراً على إنشاء الحكم كما أنه لا يكون مقتدراً على الإقرار (الزيلعي والولوالجية في آداب القاضي).

ولكن إذا حكمه الطرفان وأجاز القاضي المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب هذا التحكيم يكون بمنزلة نائب هذا القاضي لأنه استخلفه. وكما أنه ليس للطرفين عزل القاضي أو عزل نائبه فليس لهما عزل هذا المحكم.

المادة (١٨٤٨) ـ (كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا به. فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الإمتناع عن قبول حكم المحكمين بعد حكم المحكمين حكماً موافقاً لأصوله المشروعة).

كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين هم في داخل قضائهم كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا به فقط.

ويوجد في هذه المادة فقرتان حكميتان:

الفقرة الأولى: لزوم حكم المحكمين في حق الأخصام المحكمين وهذه الفقرة هي عين الحكم الذي جرى تفصيله في شرح المادة (١٨٤٢).

الفقرة الثانية: لزوم حكم المحكمين في الخصوص الذي حكموا به وقد بينت هذه الفقرة أيضاً بصورة مفصلة في شرح المادة المذكورة في مبحث الحكم الثالث.

فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الإمتناع عن قبول حكم المحكمين بعد حكم المحكمين حكماً موافقاً لأصوله المشروعة (الولوالجية في آداب القاضي). إلا أنه يشترط أن لا يكون المحكوم له أحد أصول المحكم أو فروعه أو زوجته أي أنه ليس للمحكم أن يحكم لهؤلاء إلا أنه له أن يحكم عليهم.

والحكم في القاضي أيضاً على هذا الوجه كما مر ذكره في المادة (١٨٠٨) «رد المحتار والولوالجية».

المادة (١٨٤٩) - (إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السلطان فإذا كان موافقاً للأصول صدقه وإلا نقضه)

إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السطان أو على محكم ثان ليدقق الحكم مرة ثانية فإذا كان موافقاً للأصول صدقه لأنه لا فائدة من نقض الحكم الموافق للأصول والحكم ثانية بذلك.

وفائدة تصديق حكم المحكم من قبل القاضي هو: أنه لو عرض هذا الحكم على قاض آخر يخالف رأيه واجتهاده رأي المحكم فليس له نقضه لأن إمضاء وقبول القاضي لحكم المحكم هو بمنزلة الحكم ابتداء من القاضي؛ أما إذا لم يصدق القاضي على حكم المحكم فيكون من الممكن للقاضي الآخر أن ينقض حكم المحكم (الزيلعي) فإذا حكم المحكم حكماً غير موافق للأصول ينقضه القاضي والمحكم الثاني.

وعدم موافقة حكم المحكم للأصول يكون على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون حكم المحكم خطأ لا يوافق أي مذهب من المذاهب؛ وبتعبير آخر أن يكون حكم المحكم غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي ولا يوافق رأي أي مجتهد من المجتهدين والعلماء.

وبما أن الحكم الذي يكون على هذه الصورة ظلم واجب رفعه فيرفع هذا الحكم وينقض ويحكم القاضي في القضية على وجه الحق.

الوجه الثاني: أن يكون حكم المحكم موافقاً لمذهب أحد المجتهدين إلا أنه يكون غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي الذي عرض عليه حكم المحكم. وفي هذه الصورة ينقض القاضي ذلك الحكم لأن ولاية المحكم مقصورة على الطرفين المتخاصمين وحكم الحكم في ذلك لا يرفع خلاف المسائل الخلافية أي أن حكم المحكم معتبر في حق الطرفين فقط والمحكم في حق سائر الناس هو كآحاد الناس وبما أن المحكم لم يحكم من طرف القاضي فلا يكون القاضي ملزماً بتنفيذه بعكس القاضي فحيث أن له ولاية عامة فحكمه يرفع الإختلاف وينفذ في حق كافة الناس كما ذكر في شرح المادة «١٨٣٣».

إن المحكم ليس كالقاضي في بعض المسائل ونذكر هنا بعضها على الوجه الآتي (رد المحتار).

المسألة الأولى: يشترط لصحة حكم المحكم رضاء المحكمين (بكسر الكـاف) أما حكم القاضي فيصح ولو لم يرض به المدعى عليهم.

المسألة الثانية: لا يجوز التحكيم في الدية عن الحد والقود والعاقلة مع انه يجوز حكم القاضي في ذلك.

المسألة الثالثة: للمحكمين عزل المحكم قبل الحكم وليس لهما عزل القاضي.

المسألة الرابعة: لا يتعدى حكم المحكم في الرد بالعيب بائع البائع أما حكم القاضي فيتعدى إذا كان مبنياً على بينة.

المسألة الخامسة: إذا كان حكم المحكم مخالفاً لرأي القاضي فيبطله، أما حكم القاضي فلا يبطله قاض آخر ما لم يكن مخالفاً للكتاب أو السنة أو إجماع الأمة.

المسألة السادسة: لا يلزم الوقف بحكم المحكم ولا يرتفع لخلاف والعكس في حكم القاضي إذ يلزم ويرفع الخلاف.

المسألة السابعة: لا يجوز عند أبي يوسف تعليق وإضافة التحكيم.

المسألة الثامنة: لا يكتب المحكم للقاضي كتاباً حكمياً كما أنه لا يكتب القاضي إلى المحكم كتاباً حكمياً.

المسألة التاسعة: لا يتعدى حكم المحكم الصادر في مواجهة أحد الورثة إلى الورثة الآخرين كما أنه لا يتعدى حكمه على الوكيل بالبيع برد المبيع بخيار العيب إلى الموكل كما أن حكم المحكم لا يسري على كافة الناس في دعاوى النسب والحرية والنكاح والولاء «رد المحتار».

المادة (١٨٥٠) - (إذا أذن الطرفان المحكمين اللذين أذناهما في الحكم توفيقاً لأصوله المشروعة بتسوية الأمر صلحاً إذا نسبا ذلك فتعتبر تسوية المحكمين الخلاف صلحاً وهو أنه إذا وكل أحد الطرفين أحد المحكمين والآخر المحكم الآخر بإجراء الصلح أيضاً على الوجه المذكور في الخصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح فليس لأحد الطرفين أن يمتنع عن قبول هذا الصلح والتسوية».

إذا أذن الطرفان المتخاصمان المحكمين اللذين أذناهما في الحكم توفيقاً لأصوله المشروعة بتسوية الأمر صلحاً إذا نسبا ذلك فتعتبر تسوية المحكمين الخلاف صلحاً لأنه قد ذكر في المادة «١٤٥٩» من المجلة أنه يصح أن يوكل أحد غيره في الخصومات التي يقدر على إجرائها بالذات فلذلك كما أنه يجوز للطرفين أن يتصالحا بالذات فلهما توكيل المحكمين بالصلح ويصح الصلح من المحكمين إلا أنه يجب أن يضيف المحكمون الصلح لموكليهم حتى يصح الصلح.

وهو أنه إذا وكل أحد الطرفين أحد المحكمين والآخر المحكم الآخر لإجراء الصلح في الخصوص الذي تنازعا فيه تصالح المحكمان بإضافة عقد الصلح إلى موكليهم وكان الصلح موافقاً للأحكام المشروعة فليس لأحد الطرفين أن يمتنع عن قبول هذا الصلح والتسوية لأنه حسب المادة «١٥٥٦» إذا تم الصلح فليس ولأحد الطرفين الرجوع عنه.

المادة (١٨٥١)- (إذا فصل أحد الدعوى الواقعة بين شخصين بدون أن

يحكم في ذلك ورضي الطرفان بذلك وأجازا حكمه ينفذ حكمه راجع المادة «١٤٥٣»

لأن الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة إلا أنه يشترط أن يكون هذا الشخص اهلًا لأن يكون محكماً أنظر شرح المادة «١٧٩٠».

ويشترط لنفوذ حكم هذا الشخص بإجازة الطرفين أن يكون الحكم المذكور موافقاً لأصوله المشروعة فلذلك لو أجاز الطرفان الحكم الغير الموافق لأصوله المشروعة فلا ينفذ لأن الإجازة تلحق الصحيح والموقوف ولا تلحق الباطل. ألا يرى أن الفضولي لو باع مال الآخر ببيع باطل وأجاز صاحب المال البيع لا يجوز. تم بإذنه تعالى.

الصواب متى كثر فقد غلب ولا عبرة للمغلوب بمقابلة الغالب فإن أمور الشرع مبنية على الأغلب «الولوالجية في آداب القاضي».

فهرس كتاب الصلح والإبراء

صفحة

فهرس كتاب الإقرار

فهرست الكتاب الرابع عشر

الكتاب الرابع عشر في حق الدعوى

صفحة

الباب الأول

الباب الثاني في حق مرور الزمن

الكتاب الخامس عشر
في البينات والتحليف

الباب الأول في حق الشهادة

فهرست كتاب القضاء

الكتاب السادس عشر ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب

الباب الأول في حق الحكام ويشتمل على أربعة فصول

الفصل الأول في بيان أوصاف القضاة وشروطهم

الفصل الرابع في حق صور المحاكمة

الباب الثاني في حق الحكم ويحتوي على فصلين

الفصل الأول في بيان شروط الحكم

الفصل الثاني في بيان الحكم الغيابي

أقوال الأئمة في حق الحكم الغيابي

الباب الثالث في حق رؤية الدعوى بعد الحكم

رؤية الدعوى بعد الحكم

الباب الرابع في بيان مسائل متعلقة بالتحكيم

الدعاوى التي يصح فيها التحكيم والتي لا يصح